بحر المذهب

في فروع المذهب الشافعي

تأليف

القاضي العلامة فخر الإسلام شيخ الشافعية
الإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني
المتوفى ٥٠٢هـ

تحقيق

طارق فتحي السيد

الجزء الحادي عشر

يحتوي على الكتب التالية :

النذور - أدب القضاء - العدد - الرضاع - النفقات

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title :	**BAHR AL - MAḎHAB**	**الكتاب** :	**بحر المذهب**
Classification:	Shafeit jurisprudence	**التصنيف**	: فقه شافعي
Author	: Imām Abu al-Mahāsin al-Rūyāni	**المؤلف**	: الإمام أبو المحاسن الروياني
Editor	: Ṭāriq Fatḥi al-Sayyid	**المحقق**	: طارق فتحي السيد
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-ilmiayh	**الناشر**	: دار الكتب العلميـــة - بيروت
Pages	: 7232(14 volumes)	**عدد الصفحات**	: 7232(14 جزءاً)
Size	: 17*24	**قياس الصفحات**	: 17*24
Year	: 2009	**سنة الطباعة**	: 2009
Printed in	: Lebanon	**بلد الطباعة**	: لبنـــان
Edition	: 1st	**الطبعة**	: الأولى

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

Tel : [illegible]

Fax : [illegible]

P.O.Box : 11-9424 Beirut-Lebanon,

Riyad al-Solh Beirut 1107 2290

[illegible]

ISBN 978-2-7451-4061-6

ISBN 2-7451-4061-2

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النذور

مسألة: قَالَ[1]: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى لَزِمَهُ إِنْ قَدَرَ عَلَى المَشْيِ».

الفصل

الأصل في النذور ثبوت حكمها في الشرع الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يُوفُونَ بِٱلنَّذۡرِ﴾ [الإنسان: ٧]الآية، فمدحهم على الوفاء بالنذر، والمدح إنما يكون على فعلٍ واجبٍ أو مندوبٍ.

وأما السنة ما روت عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ قال: «من نذر أن يطيعَ الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه»[2].

وأيضاً روي أن المشركين أغاروا على سرح المدينة، فذهبوا بعضباء رسول الله ﷺ، وأسروا امرأة من المسلمين، وهي امرأة أبي ذر، فقامت فجعلت لا تضع يدها على بعير إلا رغا، حتى أتت على العضباء قالت: فأتيت على ناقةٍ ذلول فلم ترغ فركبتها، ثم جعلت لله عليها إن نجاها الله لتنحرنها، فلما قدمت المدينة عُرفت الناقة، فأُخبر النبي ﷺ فأرسل إليها، فجيء بها وأُخبر بنذرها، فقال: «بئس ما جزتها ـ أوجزيتها ـ إن الله أنجانا عليها لتنحرنها، لا وفاء لنذر في معصية [٣٤/ب] ولا فيما لا يملك ابن آدم»[3]. وقولها: مجرسة: معناه الوطئة المذللة، يقال: فلان جرسته الأمور إذا راضته وذللته، فدل من طريق دليل الخطاب على أن النذر يلزم في الطاعة.

وأيضاً روي ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: بينما النبي ﷺ يخطب إذ هو برجلٍ قائم في الشمس، فسأل عنه فقال: هذا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم، فقال: «مروه فليتكلم وليقعد وليستظل وليتم صومه»[4] وهذا النذر

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٨).

(٢) أخرجه البخاري (٦٦٩٦، ٦٧٠٠)، وأبو داود (٣٢٨٩)، والترمذي (١٥٢٦)، والنسائي (٣٨٠٦)، وابن ماجه (٢١٢٦)، وأحمد (٦/ ٣٦، ٤١، ٢٢٤).

(٣) أخرجه مسلم (٨/ ١٦٤١)، وأحمد (٤/ ٤٢٩)، وأبو داود (٣٣١٦).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٣٠٠)، والدارقطني (١٦١٤)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٢/ ٦٥)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٣٠).

يتضمن نوعين من طاعةٍ ومعصيةٍ، فأمره رسول الله ﷺ بالوفاء بالطاعة وهو الصوم، وأن يترك ما ليس بطاعةٍ وهو القيام في الشمس ونحوه.

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ قام فخطب الناس في يوم شديد الحر، فقام رجل من الأعراب في الشمس فقال رسول الله ﷺ: «مالك؟» فقال: نذرت أن لا أجلس حتى تفرغ، فقال: «اجلس فليس هذا بنذر، إنما النذر ما ابتغي به وجه الله تعالى».

وأيضاً روت ميمونة بنت كروم قالت: خرجت مع أبي في حجة، فرأيت رسول الله ﷺ وسمعت الناس يقولون رسول الله، فجعلت أبدّهُ بصري، فدنا إليه أبي وهو على ناقة له معه درة كدرة الكتاب، فسمعت الأعراب والناس يقولون: الطبطبية الطبطبية يا رسول الله، إن ولد لي ولدان أنحر على رأس برانه في عقبه من الثنايا عدة من الغنم، فقال رسول الله: «هل بها من هذه الأوثان؟» قال: لا. قال: «فأوف بما نذرت به لله»(١).

[٣٥/أ] وقولها: «أبده بصري» معناه أتبعه بصري وألزمه إياه لا أقطعه عنه. والطبطبية حكاية وقع الإقدام.

وأيضاً روى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «من نذر لم يسمه فكفارته كفارة يمين، ومن نذر في معصية الله فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذراً فأطاقه فليف به»(٢). وأيضاً روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إني نذرت أن أضرب على رأسي بالدف، فقال: «أوف بنذرك»(٣). قال الإمام الخطابي: ضرب الدف ليس مما يعد من أبواب الطاعات التي تتعلق بها النذور، وأحسن حاله أن يكون من باب المباح، غير أنه لما اتصل بإظهار الفرح بإظهار سلامة مقدم رسول الله ﷺ حين قدم المدينة في بعض غزواته، وكانت مساءة الكفار وإرغام المنافقين صار فعلها كبعض القرب التي هي من نوافل الطاعات، ولهذا أبيح ضرب الدف واستحب في النكاح لما فيه من الإشادة بذكره والخروج به عن معنى السفاح. وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه.

واعلم أن النذر في اللغة الوعد بخيرٍ أو شرٍ، وفي الشرع: الوعد بالخير دون الشر، قال رسول الله ﷺ: «لا نذر في معصية الله».

واعلم أن الله تعالى حمد من وفى بعهده فقال تعالى: ﴿يُوفُونَ بِٱلنَّذۡرِ﴾ [الإنسان: ٧]، وقال: ﴿وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْ﴾ [البقرة: ١٧٧]، ثم ذم من لم يف بنذره على ما ذكرنا.

وقد ذكرنا أقسام النذر، والآن رجعنا إلى مسألة الكتاب، فإذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام، إما على طريق المجازاة، أو على شرط طريق المجازاة، وأوجبنا على المذهب الصحيح ينعقد نذره، [٣٥/ب] ويلزمه المشي إليه بنسكه إمَّا بحجٍ أو عمرةٍ لما

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣١٤)، وابن ماجه (٢١٣١).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٢٢)، وابن ماجه (٢١٢٧)، والدارقطني (٤/ ١٦٠)، والطبراني (١١/ ٤١٢).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠١٠٢).

روى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن أخت عقبة بن عامرٍ نذرت أن تمشي إلى بيت الله الحرام فأمرها النبي ﷺ أن تمشي بحج أو عمرةٍ. وفي رواية: أنها نذرت أن تحج ماشية، وأنها لا تطيق ذلك، فقال ﷺ: «إن الله لغني عن مشي أختك فلتركب ولتهد بدنة»(١).

وفي رواية أن عقبة بن عامرٍ سأل رسول الله ﷺ عن أختٍ له نذرت أن تحج حافية غير مختمرة، فقال: «مروها فلتختمر ولتركب ولتصم ثلاثة أيام»(٢). وقيل: هذا الصيام بدلٌ من الهدي خيرت فيه كما خير قاتل الصيد بين الفدية بمثل وبين التقويم بالطعام وبين الصوم بدل كل مدٍ يوماً.

فإذا ثبت هذا فلا يخلو الناذر إما أن يكون قادراً على المشي أو عاجزاً عنه، فإن كان قادراً لزمه المشي؛ لأنه طاعة، ومن نذر طاعة وقدر عليها يلزمه الإتيان بها.

وقد روي أن إبراهيم وإسماعيل ـ صلى الله عليهما ـ حجا ماشيين. وقال ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: ما آسى عليَّ شيء كما آسى عليَّ أن لو حججت في شبابي ماشياً، وقد سمعت رسول الله ﷺ يقول: ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا﴾ [الحج: ٢٧]، فبدأ بالرجال.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يلزمه المشي؟ قولان: **أحدهما**: يلزمه وهو المنصوص هاهنا، كالمتابعة في الصوم.

والثاني: لا يلزمه؛ لأنه لا قربة في المشي ولا يجب بالشرع.

قال: وأصل القولين أن الحج ماشياً أفضل أو راكباً؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: سواءٌ.

والثاني: ماشياً أفضل.

وقال ابن سريج: المشي والركوب سواءٌ مالم يُحرم، فإذا أحرم فالمشي أفضل حتى يفرغ من الحج، وهذا غريب لم يذكره أهل العراق. وقال في «الحاوي»(٣): إذا قال: أمشي أو أركب إلى بيت الله الحرام فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يلزمه الركوب ولا المشي؛ لأن واحداً منهما [٣٦/أ] لا يجب بالشرع فلم يجب بالنذر.

والثاني: يجبان به؛ يلزم المشي إذا شرط المشي، والركوب إذا شرط الركوب؛ لأن في المشي زيادة عملٍ، وفي الركوب زيادة نفقةٍ وكلاهما قربة.

والثالث: وهو الأشبه المشي يلزم بالشرط دون الركوب؛ لأن في المشي مشقة وفي الركوب ترفيهاً. فإذا تقرر هذا فإن مشى فقد أتى بما لزمه ولا كلام، وإن ركب مع قدرته على المشي فقد أساء وأجزأه، ويهريق دماً واجباً لقوله ﷺ: «من ترك نسكاً فعليه دم»، ولأنه ترفَّه بالركوب فأشبه إذا ترفه بالطيب واللباس.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٠٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠/ ٧٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٩٣)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٢٠).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٧٠، ٤٧١).

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يصح حجه؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: ما ذكرنا.

والثاني: لا يصح حجه. فيقضي الحج ويمشي ما ركب ولا يركب ما مشى جاز، وهذا غريب. وإن عجز عن المشي فله أن يركب ويصح حجه بلا إشكال لما ذكرنا من خبر أخت عقبة بن عامر، ولأنه لو عجز عن القيام في الصلاة يجوز له القعود كذلك هاهنا.

وإذا ركب قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: أراق دماً احتياطاً من قبل أنه لم يطق شيئاً سقط عنه. قال أبو إسحاق: ولأن ما لا يطيق لا يدخل في نذره؛ لأن إيجابه يتضمن الإمكان، فظاهر هذا أنه لا يلزمه الدم وهو المذهب، وقيل: إنه نص على قولين؛ **أحدهما**: هذا.

والثاني: يلزمه الدم للخبر الذي ذكرنا، ولا يجوز أن يأمرها رسول الله ﷺ بالركوب إلا مع العجز وأوجب عليها الدم، ولأنه نسك لو تركه لغير عذر يلزمه الدم فكذلك إذا تركه لعذرٍ كالرمي ونحوه، وأيضاً فرق الشافعي ـ رضي الله عنه ـ فقال: لأن الناس أصلحوا أمر الحج بالصيام والصدقة والنسك ولم يعلموا أمر الصلاة إلا بالصلاة، فكأنه أراد أن الحج يدخله الجبران بالمال بخلاف الصلاة.

إذا أوجبنا المشي عليه فمن أي موضع لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: [٣٦/ب] أن يقول: لله عليَّ أن أحج ماشياً، يلزمه المشي من حين يحرم من الميقات أو قبله إذا أحرم، وله أن يركب فيما قبل؛ لأنه أوجب المشي في حل الحج دون غيره.

والثاني: أن يقول: عليَّ أن أمشي إلى مكة. قال أبو إسحاق: يلزمه أن يمشي من دويرة أهله؛ لأن نذره يقتضي هذا ويحرم من الميقات، . وقال صاحب «الإفصاح»: يمشي من دويرة أهله ويحرم من دويرة أهله أيضاً؛ لأنه لا قربة في المشي دون الإحرام، فلا يختلف أصحابنا في وجوب المشي من دويرة أهله، واختلفوا في وجوب الإحرام منها على وجهين:

أحدهما: يلزمه من دويرة أهله لأن الأصل في الإحرام الوجوب من دويرة أهله، ولكن رخص للحاج تركه إلى الميقات، فإذا نذر حمل مطلق النذر على ذلك الأصل.

والثاني: وبه قال عامة أصحابنا وهو الصحيح: يلزم الإحرام من الميقات وبه قال أحمد؛ لأن مطلق النذر محمول على المعهود في الشرع، والإحرام في الشرع يجب من الميقات، هكذا ذكره القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا ذكره صاحب «الإفصاح» قول أبي إسحاق.

وفي أول ما يجب عليه المشي وجهان: **أحدهما**: يجب عليه المشي من بلده إذا توجه منه لحجه اعتباراً بالعرف في حج الماشي، فعلى هذا يلزمه الإحرام من بلده.

والثاني: يلزمه المشي من ميقاته اعتباراً بأول أفعال الحج وأركانه؛ لأن المشي من غير إحرام لا قربة فيه، فعلى هذا يحرم من ميقاته.

والثالث: أن يقول: لله عليَّ أن آتي مكة ماشياً، فحكمه ما ذكرنا إذا قال: لله عليَّ أن أمشي إلى مكة.

فرع

إذا أوجبنا عليه الفدية عند ترك المشي فيه وجهان:

أحدهما: أنها فدية ترك المشي المشروط وتاركٌ لما ركبه من نفقة الركوب، فصار كالمتمتع الذي وجبت عليه الفدية بترك الإحرام من ميقات بلده [٣٧/أ] في آخر نسكه، فعلى هذا تكون الفدية دم شاة، فإن أعسر بها صام عشرة أيام.

والثاني: أنها فدية ترفيه؛ لأنه ترفه في ترك المشي أو في مؤنة الركوب، فصار كفدية الحلق الذي ترفه به يكون مخيراً بين دم شاة، أو إطعام ثلاثة آصع، أو صيام ثلاثة أيام لما ذكرنا من خبر أخت عقبة بن عامر: «ولتصم ثلاثة أيام».

فرع آخر

إذا قال: لله عليَّ أن أمشي إلى بيت الله تعالى، ولم يقل الحرام، ظاهر ما نقله المزني ينعقد النذر ويلزمه المشي إليها بنسكٍ كالمسألة قبلها؛ لأن مطلق بيت الله يرجع إلى الكعبة.

وقال عامة أصحابنا: لا ينعقد نذره إلا أن ينوي بيت الله الحرام؛ لأن المساجد كلها بيوت الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾ [النور: ٣٦]، فإذا أطلق البيت احتمل البيت الحرام، واحتمل غيره من المساجد وهذا هو الصحيح؛ لأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ نص في «الأم» فقال: «إذا نذر أن يمشي إلى بيت الله ولا نية له، فالاختيار أن يمشي إلى بيت الله الحرام، ولا يجب عليه ذلك إلا أن ينويه؛ لأن المساجد بيوت الله»، فأسقط المزني ذكر الحرام وأخل بالنقل، فحصل قولان، والمسألة مشهورة بالوجهين. وقال في «الحاوي»(١): إذا قال: عليَّ المشي إلى بيت الله الحرام وأطلق ولم يقترن به إرادة، قال ابن أبي هريرة: هو مبني على اختلاف القولين فيمن أراد دخول مكة هل يلزمه الإحرام لدخوله؟ فيه قولان؛ فإذا قلنا: يلزمه فهنا ينعقد النذر على حج أو عمرة. وإذا قلنا: لا يلزمه ففي هذا وجهان تخريجاً من القولين فيمن نذر أن يمشي إلى مسجد المدينة. فإذا قلنا هناك يلزمه فهو قصد لا يجب به الإحرام، فكذلك قصد المسجد الحرام لا يلزمه فيه إحرامٌ، ويكون النذر في جميعها مقصوراً على مجرد القصد لاشتراكهما في معنى الوجوب. وإذا قلنا [٣٧/ب] هناك لا يلزم، فإن لزمه النذر إلى المسجد الحرام لوجوب قصد المسجد الحرام شرعاً، فوجب نذراً بخلاف ذلك اقتضى افتراقهما في هذا التعليل أن يجب بقصد المسجد الحرام في النذر ما أوجب قصده بالشرع، وهذا التخريج وإن كان محتملاً فإنما يستعمل مع عدم النص،

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٦٩).

ونص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على أنه يلزمه الحج أو العمرة؛ لأنه معهود النذر عرفاً فلا يجوز العدول عنه إلى التخريج.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا أطلق هكذا هل يصح نذره؟ قولان بناء على أصل، وهو أن النذر يحمل على أقل ما ورد الشرع به، أو على مجرد الإسم. فإذا قلنا: على أقل ما ورد الشرع يلزمه، وإن قلنا: على مجرد الاسم فهنا أصل آخر، وهو أن الإحرام هل يجب على من يدخل مكة لغير الحج؟ وفيه قولان؛ فإذا قلنا يجب صح النذر ويلزمه المشي حاجاً أو معتمراً، وقيل: إتيان مكة لا يلزمه النسك في وقته. وإن قلنا لا يجب فهاهنا أصل آخر ينبني عليه، وهو إذا نذر إتيان مسجد المدينة هل يصح نذره؟ قولان. وإن قلنا: يصح النذر في مسجد المدينة يأتي هناك قربة من صفةٍ أو اعتكاف، فهاهنا أيضاً يأتي مكة ويفعل شيئاً من هذا، وهذا كله تخليط والاعتماد على ما سبق.

فرع آخر

لو نذر المشي إلى بيت الله الحرام، ونوى أن يأتي الحج ولا يعتمر ولا عزم أو صرح به لفظاً، قال أبو إسحاق: يحتمل وجهين:

أحدهما: ينعقد نذره بالمشي إليه متنسكاً ولا يلتفت إلى كلام ونية؛ لأن الشريعة قد أوجبت على من قصد الإحرام بأحدهما.

والثاني: لا ينعقد نذره؛ لأن الكلام إذا اتصل يبني بعضه على بعضٍ، فإذا قال: لا حاجاً ولا معتمراً صار كأنه لم ينذر النسك أصلاً فلا يلزمه شيء.

قال أبو حامد: ويشبه أن يكون الوجهان مبنيين على أن من نذر المشي إلى مسجد المدينة هل ينعقد نذره؟ [٣٨/أ] فيه قولان؛ لأن المشي هناك لا يتضمن نسكاً، فإن قلنا هناك لا يلزم، لا يلزم هنا، وإن قلنا هناك يلزم، يلزم هنا، وقيل: لا يستقيم هذا البناء؛ لأن من يقول هنا: ينعقد نذره يقول يلغو قوله: لا حاجاً ولا معتمراً، فلا يكون نذره خالياً عن النسك.

وقال في «الحاوي»(١): هل يصح نذره؟ وجهان: **أحدهما**: لا يصح لاستثناء مقصوده ولا شيء عليه.

والثاني: لعود الاستثناء إلى الحكم دون القصد، فعلى هذا في الشرط وجهان:

أحدهما: باطل وعليه أن يحرم بحج أو عمرة.

والثاني: الشرط صحيح لاتصاله بالنذر. فعلى هذا فيه وجهان:

أحدهما: يلزم أن يضم إلى قصد البيت عبادة من طواف، أو صلاة، أو صيام، أو اعتكاف ليصير القصد طاعةً إذا اقترن بطاعة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٦٩).

والثاني: لا يلزم ذلك؛ لأن قصد البيت طاعة، ومشاهدته قربة.

فحصل أربعة أوجهٍ؛ **أحدها**: النذر باطل.

والثاني: النذر صحيح والشرط باطل.

والثالث: النذر والشرط صحيحان وعليه فعل عبادةٍ.

والرابع: أنهما صحيحان ولا شيء عليه غير القصد. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا يصح النذر يبنى على أنه إذا نذر الخروج إلى مسجد المدينة هل يلزم أن يصلي ركعتين فيه قولان مخرجان؛ فإن قلنا هناك يلزم فهنا يلزمه أن يصلي ركعتين، وإن قلنا لا يلزم الصلاة هناك لا يلزم هنا غير القصد.

فرع آخر

إذا نذر أن يحج راكباً أو يمضي إلى بيت الله تعالى راكباً لزمه ذلك اتفاقاً في الحج، فإن ترك الركوب ومشى يلزمه دم؛ لأنه ترفه بترك النفقة، وقد ذكرنا وجهاً أنه لا تلزمه الفدية؛ لأنه لم يترفه بترك الركوب، بخلاف ما لو نذر ركب بدل المشي.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا ترك المشي والركوب [٣٨/ب] فيه ثلاثة أوجه؛ لا جبران أصلاً لاختصاص الجبران بالمناسك الشرعية وليس المشي والركوب بنسكٍ شرعي.

والثاني: يلزم جبرانهما بدم.

والثالث: وهو الأشبه تلزم الفدية إذا ركب، ولا يلزم إذا مشى بدل الركوب.

ولو عجز عن الركوب بالعسرة فيه وجهان؛ **أحدهما**: يسقط بالعجز.

والثاني: تجب الفدية مع العجز لتوجه العجز إلى الفعل دون الفدية، كالفدية في الحلق عند العذر. وعلى هذا فيه وجهان؛ **أحدهما**: فدية وترك.

والثاني: فدية ترفهٍ على ما ذكرنا. وإذا قلنا لا يلزم الركوب يحرم في ميقاته. وإذا قلنا يلزمه الركوب ابتدأ بالركوب من دويرة أهله ولزمه الإحرام من بلده؛ لأنه لما صار الركوب من حقوق هذا الحج المنذور، وإن لم يكن من حقوق حج الإسلام وجب أن يقترن به الإحرام ليصير به داخلاً في لوازم النذر.

فرع آخر

لو قال: لله عليَّ أن أذهب إلى بيت الله الحرام، أو أمضي، يلزمه كما لو قال: أمشي. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه بلفظ الذهاب والمضي؛ لأنه ليس بمعهود، وهذا لا يصح، لأنه نذر القصد إلى الخروج إلى البيت، فهو كما لو قال: أمشي.

فرع آخر

لو لم يشترط ركوباً ولا مشياً فقال: أقصد، أو أذهب، أو أمضي، أو أتوجه إليه تخير بين الركوب والمشي.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٧١).

مسألة: قَالَ[(١)]: «وَإِذَا فَاتَهُ الحَجَّ مَاشِياً مَشَى حَتَى تَحِلَّ لَهُ النِّسَاءُ».

الفصل

الكلام في هذا في بيان انتهاء المشي، والحكم في ذلك أنه يحتاج حتى يتحلل من الحج والعمرة، إلا أن للحج تحللين، فيمشي حتى يحل التحللين جميعاً، وفي ذلك الوقت تحل له النساء، وللعمرة تحلل واحد وهو بالطواف والسعي في أحد القولين. والقول الثاني بالحج معها فيمشي حتى يأتي بجميع ذلك؛ [٣٩/أ] لأن تمام الخروج من الحج إنما يحصل في هذه الغاية، ثم له أن يركب وإن بقي عليه بقية من الحج، وهي الرمي في أيام منى أيام التشريق خارج من الحج، كالسلام الثاني في الصلاة.

وقال في «الحاوي»: إذا نذر أن يحج ماشياً ففي أول ما يجب عليه من المشي وجهان على ما ذكرنا، وآخر مشيه إذا حل إحلاله الثاني على ما ذكرنا.

ولو نذر أن يحج إلى بيت الله كان أول مشيه من بلده إذا توجه وفي آخره ثلاثة أوجه:

أحدها: إذا وصل إلى البيت اعتباراً بلفظه.

والثاني: إذا طاف بالبيت طواف القدوم اعتباراً بأول قربةٍ.

والثالث: إذا حل إحلاله الثاني اعتباراً بكمال نسكه. وإذا نذر أن يعتمر ماشياً كان في أول مشيه وجهان كما ذكرنا في الحج، وآخر مشيه إذا حل من عمرته.

فرع

لو قال: لله عليَّ الحج ولم ينو وعليه حجة الإسلام لم ينعقد النذر؛ لأنه لا ينعقد نسك مجمل.

مسألة: قَالَ: «وَإِذَا فَاتَهُ الحَجُّ حَلَّ مَاشِياً وَعَلَيْهِ الحَجُّ مِنْ قَابِلٍ مَاشِياً».

اعلم أنه إذا نذر أن يحج ماشياً فشرع فيه ثم فاته، فعليه المضي في الفائت والتحلل بعمل عمرة والطواف والسعي والحلق وعليه القضاء من قابل، ويلزمه المشي والقضاء بلا فدية؛ لأن فرض الحج لا يسقط به عنه، فصار كأنه هو الحج المنذور، وأما ما مضى فيه من الفائت فهل يلزمه المشي؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: وهو الصحيح وعليه نص في «الأم»، ونقله المزني في «المختصر»: يلزمه؛ لأن الفائت يلزمه أن يتحلل بعمل عمرة على الصفة التي دخل فيه الحج المنذور، إذ لا يسقط الفرض به فلم يجب المشي فيه، وهذا اختيار صاحب «الإفصاح»، قال: وقوله: «حل ماشياً» أراد به على طريق الاستحباب. وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يلزمه أن يحل ماشياً إلا على أصل المزني، فإنه يقول: يأتي بجميع أعمال الحج كمن أفسد حجه، [٣٩/ب] وعندنا يتحلل بعمل العمرة ويحتاج إلى القضاء، فلا يلزمه المشي فيه قولاً واحداً.

(١) انظر الأم (٥/٢٣٨).

وقال في «الحاوي»[١]: وفي زمان قضائه وجهان؛ **أحدهما**: على التراخي كأصل النذر. **والثاني**: على الفور في الآتي، وعليه في القضاء أن يحج ماشياً، ولكن هل يعتد بمشيه الذي كان فيه؟ وجهان:

أحدهما: لا يعتد به كما لا يعتد بغيره من أركانه، ويلزمه العود إلى بلده لإحرامه بالقضاء منه ومشيه.

والثاني: يعتد بمشيه في الفائت وإن لم يعتد بشيء من أركانه لاختصاص المشي بالنذر دون الشرع، فيجوز أن يركب في حجة القضاء حتى ينتهي إلى محل الفوات ثم يركب في بقية حجه حتى يتحلل منه، حكاه ابن أبي هريرة مع ضعفه.

فرع آخر

لو قال: لله عليَّ أن أحج العام القابل، هل يجوز تقديمه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن عبادات الأبدان لا يجوز تقديمها على وقتها.

والثاني: يجوز إذا وجد شرط نذره كما يجوز تقديم حجة الإسلام قبل وجوبها.

فرع آخر

الأولى به أن يحرم في عام نذره، فإذا أحرم به ففاته هل يلزمه؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: يلزمه كغير المعين.

والثاني: لا يلزمه إلا أن المعين لا يتماثل في القضاء، فإذا قلنا لا يلزمه وجب أن يمشي فيما يتحلل به من فواته؛ لأنه في الباقي مؤدٍ لحقوق نذره، وإذا قلنا يلزمه قضاءهُ لزمه في قضائه المشي، وفي لزوم المشي فيما يتحلل به قولان.

فرع آخر

لو أخر الحج عن عامه المعين، فإن كان لغير عذرٍ يلزمه قضاءه، وإن كان لغير عذرٍ ففي وجوب قضائه قولان كالفوات.

مسألة: قَالَ[٢]: «وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَي أَنْ أَمْشِي لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْء حَتَى يَكُونَ برّاً».

الفصل

جملة هذا أنه لا يخلو إما أن ينذر مشياً مطلقاً، أو إلى موضعٍ بعينه، فإن نذر مشياً مطلقاً لم ينعقد نذره ولا شيء عليه؛ [٤٠/أ] لأن المشي إلى غيرِ موضع البر ليس بقربةٍ فلا يجب النذر، كما لو نذر أن ينام أو يأكل، وحكي عن أحمد أنه قال: إذا نذر فعل المباح انعقد نذره وكان مخيراً بين الوفاء به وبين الكفارة للخبر الذي ذكرنا في المرأة التي نذرت أن تضرب الدف على رأس رسول الله ﷺ.

ودليلنا خبر الأعرابي أنه نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم، فأسقط رسول الله ﷺ من نذره ما ليس بطاعةٍ، وقد ذكرنا تأويل ما ذكروا من الخبر، وإن أطلق

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٧٣).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٨).

ذلك ونوى بقلبه أن يمشي إلى بيت الله الحرام لزمه على ما نواه.

وإن نذر أن يمشي إلى موضع معين ففيه مسائل: **أحدها**: أن ينذر المشي إلى بيت الله الحرام، وقد ذكرنا ذلك، وكذلك لو نذر الصلاة فيه يلزمه أن يأتيه ويصلي فيه؛ لأن بقعة الحرم تختص بالنسك.

الثانية: أن ينذر المشي إلى مسجد المدينة والمسجد الأقصى، فهل ينعقد نذره؟ فيه قولان: **أحدهما**: ينعقد ويلزم إتيانه، نص عليه في البويطي، وهو اختيار أبي إسحاق، وبه قال مالك، وأحمد لقوله ﷺ: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد؛ المسجد الحرام، ومسجدي هذا، والمسجد الأقصى»(١) ولم يرد به الجواز؛ لأنه يجوز شد الرحال إلى سائر المساجد، فثبت أنه أراد به الوجوب، ولا وجوب إلا في هذا الموضع. وفي رواية: «تشد الرحال إلى ثلاثة مساجد» الخبر.

والثاني: لا ينعقد نذره، وهو ظاهر النص هاهنا، ونص عليه في «الأم» لأنه قال: «واجب».

ثم قال: «وَلَا يَبِينُ لِي أَنْ يَجِبَ كَمَا يَبِينُ لِي أَنَّ أَوْجِب المَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى، وَذَلِكَ أَنَّ البِرَّ بِإِتْيَانِ بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى فَرْضٌ، وَالبِرُّ بِإِتْيَانِ هَذَين نَافِلَةٌ».

وهذا اختيار عامة أصحابنا، وبه قال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ [٤٠/ب] لما روى جابر ـ رضي الله عنه ـ أن رجلاً قال يوم الفتح: يا رسول الله، إني نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، فقال رسول الله ﷺ: «صل هنا»، قال ذلك مرتين أو ثلاثاً، فقال رسول الله ﷺ: «شأنك إذاً»(٢).

ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن قوله: «هنا» أراد في المسجد الحرام وهو أفضل فلا حجة فيه، وهذا التأويل خطأ؛ لأنه روي أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: «إني نذرت أن أصلي في مسجد إيلياء، وهو المسجد الأقصى ركعتين» فقال ﷺ: «صل في بيتك»، فأعاد السؤال، فقال: «أنت أعلم».

فرع

لو نذر أن يصلي ركعتين في أحد هذين المسجدين انعقد نذره، وهل تجب الصلاة فيه؟ فعلى القولين اللذين ذكرناهما. وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذان القولان ينبنيان على ما ذكرنا أن النذر يحمل على ما له وجوبٌ بأصل الشرع، أو على ما يتناوله اسم القربة في الجملة وفيه قولان، وهذا ضعيف؛ لأن الاعتكاف يلزم بالنذر ولا أصل له في الوجوب.

---

(١) أخرجه البخاري (١١٨٩)، ومسلم (٧٢٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٠٥)، وأحمد (٣/ ٣٦٣)، والدارمي (٢/ ١٨٥)، والحاكم (٤/ ٣٠٤)، وابن الجارود في المنتقى (٩٤٥)، والبيهقي (١٠/ ٨٢).

فرع آخر

إذا قلنا انعقد نذره بالمشي إليهما، قال أصحابنا: يلزمه إذا وصل إليهما أن يصلي ركعتين؛ لأن القصد بالسعي إليهما القُربة بالصلاة فيهما، فتضمن ذلك نذره؛ لأن القصد به القربة، وهكذا ذكره القفال.

ومن أصحابنا من قال: يُصلي ركعتين أو يعتكف ساعةً فيهما حتى تكون قربة.

وقال صاحب «الحاوي»[(١)]: هل يلزمه فعل عبادةٍ فيه؟ وجهان:

أحدهما: لا يلزمه ويكون النذر مقصوراً على التبرر بقصده، ومجرد النظر إليهما قربةٌ وطاعةٌ. **والثاني**: يلزمه [٤١/أ] فعل عبادة.

وإذا قلنا بهذا ففيه وجهان؛ **أحدهما**: أنه مخير فيما شاء من صلاةٍ أو صوم أو اعتكاف. **والثاني**: يلزمه الصلاة خاصة لاختصاص المساجد بالصلاة عرفاً فاقتضت بها نذراً.

فرع آخر

لو عين في نذره ما يفعله فيه من صلاة أو صوم أو اعتكاف تعين فيه وهل يلزمه المشي فيه؟ وجهان؛ **أحدهما**: لا يلزمه المشي ويكون محمولاً على القصد، فإن ركب جاز، وإن كان المشي الذي صرح به أفضل يلزمه لأنه صرح به.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني فركب هل يجوز؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجزيه إذا قلنا نذره مقصور على الوصول إليه؛ لأنه يصير المشي هو العبادة المقصودة وعليه إعادة قصده إليه ماشياً.

والثاني: يجزيه إذا قلنا إنه يلتزم بقصده فعل عبادة فيه؛ لأنه يصير المقصود بالنذر هو فعل العبادة منه، ولا يلزمه الجبر بفدية كما قلنا في المشي إلى الحرم لاختصاص القربة بجبران الحج دون غيره.

فرع آخر

إذا قال أمشي إليه وأصلي فيه ركعتين، وقلنا ينعقد النذر قد ذكرنا الحكم. وقال في «الحاوي»[(٢)]: في استحقاق فعلها وجهان:

أحدهما: يستحق إذا قلنا يلتزم بقصده فعل عبادة فيه.

والثاني: لا يستحق، فإن صلاها في غيره أجزأه، لأنه لا يلتزم بقصده فعل غيره، والأظهر لزوم صلاته فيه وأنها لا تجزئه في غيره.

وقد روى حبة العرني أن رجلاً قام إلى علي ـ رضي الله عنه ـ فقال: يا أمير

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٧٧).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٧٨).

المؤمنين، إني اشتريت بعيرين وتجهزت أريد بيت المقدس، فقال: بع بعيرك وجهازك وصل في مسجد الكوفة.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا نذر أن يصلي في مسجد المدينة لا يقوم غيره من المساجد غيره إلا مسجد مكة. ولو نذر أن يصلي في مسجد بيت المقدس قام المسجد الحرام ومسجد المدينة مقامه فقط. ولو نذر في مسجد آخر لم يتعين بحالٍ. [٤١/ب] ولو نذر صلاة الفرض في المساجد الثلاثة ذكرنا حكمه، ولو نذر في مسجدٍ آخر، فإن انتقل إلى مسجدٍ آخر يكون الجماعة فيه أكثر وأعظم جاز وإلا فلا يجوز.

فرع آخر

قال في «الحاوي»(١): لو نذر أن يصلي ركعتين في مسجد الحنيف بمنى، فإن كان من أهل مكة لم يلزمه بهذا النذر أكثر من صلاة ركعتين؛ لأنه في الحرم التي حرمته مشتركة، وإن كان من أهل الحل يلزمه هذا النذر، وفيما ينعقد به نذره وجهان: **أحدهما**: ينعقد بما نذره من الصلاة في الحرم إذا قلنا يجوز له دخول الحرم بغير إحرامٍ. وفي تعيين الصلاة في مسجد الخيف وجهان:

أحدهما: لا يتعين ويجوز له أن يصليها في أي موضعٍ من الحرم شاء؛ لأن حرمة جميع الحرم واحدة، ولأن مشاهدة الكعبة في صلاته أفضلُ من أن لا يشاهدها.

والثاني: يتعين في مسجد الخيف ولا يجزئه في غيره، لما روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لو كنت امرءاً من أهل مكة ما أتى عليَّ سبت حتى آتي مسجد الخيف وأصلي فيه».

والثاني: يلزمه بنذره هذا الإحرام بحجٍ أو عمرةٍ إذا قلنا لا يجوز له دخول الحرم إلا بالإحرام.

فعلى هذا في التزامه ما عقد نذره عليه من الصلاة وجهان:

أحدهما: لا يلزمه فعل الصلاة؛ لأن الشرع قد نقل نذره إلى ما هو أعظم منه، فلم يجمع عليه بين بدلٍ ومبدلٍ.

والثاني: لا يسقط عنه فعل الصلاة؛ لأنه ملتزم لها بنذره، وملتزم للإحرام بدخول الحرم، فصارت الصلاة واجبة عليه بالنذر، والإحرام بالشرع فلم يجتمع فيه بدلٌ ومبدلٌ. وقال أبو حنيفة: لا تتعين الصلاة عليه بالنذر في موضعٍ؛ لأن ما لا أصل له في الوجوب في الشرع لا يجب بالنذر كعيادة المريض، وهذا لا يصح؛ لما روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: إني نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، فقال: «أوف بنذرك». [٤٢/أ]، ولأن النبي ﷺ قال: «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٧٨، ٤٧٩).

صلاةٍ فيما سواه، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاةٍ في مسجدي»[١].
وأما عيادة المريض لا نسلم، بل نلزم بالنذر لأنها قربة.

والثالثة: لو نذر أن يمشي إلى العراق، أو إلى بغداد، أو إلى مسجد البصرة، أو الكوفة ونحو ذلك سوى المساجد الثلاثة لا ينعقد نذره ولا يلزمه إتيانه؛ لأنه ليس له طاعة في المشي إلى شيء من البلدان ولا إلى مساجدها، نص عليه في «الأم» ويفارق المشي إلى بيت الله الحرام فإنه طاعة على ما ذكرنا.

وقد روي أن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ مرض، فدعا ولده فجمعهم ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من حج من مكة ماشياً حتى يرجع إلى مكة كتب الله له بكل خطوةٍ سبعمائة حسنةٍ من حسنات الحرم»[٢]، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: «كل حسنةٍ مائة ألف حسنةٍ». وسُئل ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ عمن نذر أن يمشي إلى الكعبة، فمشى نصف الطريق ثم ركب، فقال: إذا كان عام قابل فليركب ما مشى وليمش ما ركب وينحر بدنة[٣].

وقال أنس ـ رضي الله عنه ـ: مر رسول الله ﷺ بشيخ كبير يهادي بين ابنيه، فقال: «ما بال هذا؟» قالوا: نذر يا رسول الله أن يمشي، فقال: «إن الله ـ عز وجل ـ غني عن تعذيب هذا نفسه»[٤] فأمره أن يركب فركب. ولم يذكر الفدية، وهذا يدل على أنه يجوز الركوب عند العجز ولا فدية.

فرع آخر

لو نذر أن يأتي إلى موضع من الحرام، لزمه حج أو عمرة سواء ذكر مزدلفة أو منى أو مكة، أو الحرم أو المسجد الحرام، حتى لو قال: عليَّ أن آتي دار أبي جهل، أو دار الخيزران التي كانت داراً لزوجة خليفةٍ من الحرم يلزمه ذلك بحجٍ أو عمرةٍ؛ لأن كلها سواء في قربة الحرم، وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه مشي، [٤٢/ب] وإنما يلزمه إذا قال: أمشي إلى بيت الله الحرام، أو إلى مكة، أو إلى الكعبة استحساناً؛ لأن الناس يعبرون بذلك عن إيجاب الإحرام. وقال أبو يوسف، ومحمد، وزفر: إذا قال: إلى الحرم، أو إلى المسجد الحرام يلزمه، وإن قال: إلى مزدلفة أو منى لم يلزمه. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا قلنا لا يجوز له دخول الحرم إلا بالإحرام. وإذا قلنا يجوز ذلك لا يلزمه شيء.

---

(١) أخرجه البخاري (١١٩٠)، ومسلم (١٣٩٤)، وأحمد (٤/ ٥)، وابن حبان (١٦١٨).
(٢) أخرجه ابن خزيمة (٢٧٩١)، والطبراني في «الكبير» (١٢/ ١٠٥)، والحاكم (١/ ٤٦٠)، والبيهقي في «الكبرى» (٤/ ٣٣١).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٣٠/ ٢٠).
(٤) أخرجه البخاري (١٨٦٥)، ومسلم (٩/ ١٦٤٢)، وأبو داود (٣٣٠١).

فرع آخر

لو نذر أن يأتي عرفة أو مراً أو قريباً من الحرم، قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: لا يلزمه شيء؛ لأن هذه مواضع من الحل لا يلزم الإحرام بقصدها، وقد صحف في بعض النسخ فقيل: منى بدل مراً، وهو غلط؛ لأن منى من الحرم، وأراد بالمر مر الظهران وهو من الحل.

وقال في «الحاوي»[١]: لو قيل: ينعقد النذر ونذر المشي إلى عرفة كان مذهباً، ويكون المنعقد بنذره الحج دون العمرة لاختصاص عرفة بالحج، وهذا لأن قصد عرفة يجب بالشرع فوجب بالنذر بخلاف الميقات؛ لأنه لا يلزم قصده شرعاً لانعقاده بالإحرام قبلها وبعدها.

مسألة: قَالَ[٢]: «وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَنْحَرَ بِمَكَّةَ لَمْ يُجْزِئْهُ بِغَيْرِهَا».

الفصل

اعلم أنه إذا نذر أن ينحر بمكة ويفرق اللحم فيها يلزمه ذلك؛ لأنه طاعة وقربة، ولا يجوز ذلك في غيرها كالنحر الواجب في الإحرام لا يجزئه في غيرها. ولو نذر أن ينحر في مكة فقط ولم يذكر تفرقة اللحم ولا نوى ذلك، يلزمه ذلك وتفرقة اللحم هناك أيضاً؛ لأن النحر يتضمن تفرقة اللحم كما في الهدي الشرعي، نص عليه. ومن أصحابنا من قال: يلزمه النحر بها ويفرق اللحم حيث شاء؛ لأن النحر فيها قربة فيلزم بالنذر، ولا يلزمه شيء آخر لم يسمه في نذره.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يلزمه تفرقة اللحم إلا أن ينوي ذلك ويلزمه النحر فقط؛ لأنه قربة وقد بذله وعده. ولو نذر أن ينحر بغير مكة من البلدان [٤٣/أ] نقل المزني أنه يجب عليه النحر وتفرقة اللحم على مساكين ذلك الموضع. واختلف أصحابنا في هذا، فذهب أبو إسحاق إلى ظاهر هذا النقل، وأوجب النحر وتفرقة اللحم على مساكين البلد الذي نذر قياساً على النذر بمكة.

وقال سائر أصحابنا: لا يجب النحر هناك إلا أن يشترط مع النحر التصدق بلحمه على مساكينه، أو ينوي ذلك بقلبه، فأما إذا عرى عن ذلك الشرط والنية لم يجب، ويفارق النذر بمكة؛ لأن النحر تفرقة اللحم على مساكين الحرم واجبٌ في الشرع، فحل مطلق نذره على مقتضاه، وهذا هو الصحيح، وقد نص في «الأم» على هذا، فقال: «وإذا نذر أن ينحر بمكة لزمه أن ينحر بها» لأن النحر بمكة بر.

ولو نذر أن ينحر في غيرها لم يلزمه؛ لأنه لا برَّ فيه إلا أن يريد التصدق بلحمها فلا يجوز أن يفرق إلا حيث نحر، هكذا ذكر القاضي أبو حامد صاحب «الإفصاح».

وقيل: إن المزني أخل بالنقل، وإنما ذكر الشافعي ـ رضي الله عنه ـ لو نذر أن ينحر

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/٤٧٨). (٢) انظر الأم (٥/٢٣٨).

في بلدةٍ من البلدان ويتصدق باللحم لزمه. وقيل: مراد المزني فيما نقل هذا، وهو أن يقسم اللحم على مساكين ذلك البلد غضاً طريًّا؛ لأنه علل فقال: لأنه وجب لمساكين الحرم وليس مراده تقييد النحر بالبلد الذي نذر النحر به؛ لأن النحر لا يتقيد إلا بالحرم، فعلى هذا لو نذر النحر هناك وتفرقة اللحم ببلدةٍ أخرى وحمل اللحم إلى تلك البلدة وتصدق به، هل يجوز؟ فيه وجهان.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا نحر بالبصرة وأطلق تفرقة لحمه فيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: يلزمه نحره وتفرقة لحمه فيها اعتباراً بالنذر والعرف.

والثاني: يلزمه نحره بالبصرة ويجوز له تفرقة لحمه في غير البصرة اعتباراً بالنذر دون العرف.

والثالث: يجوز نحره في غير البصرة ويلزمه تفرقة لحمه في البصرة اعتباراً بالعرف دون النذر؛ لأنه لا فضيلة في تعينها بالنذر.

فرع

[٤٣/ب] لو نذر النحر لنفسه لا يلزمه؛ لأنه تجرد عن قربةٍ، ولو نذر نحره للمساكين يلزمه نحره قبل دفعه إليهم، ولو دفعه حياً لم يجز لما في إراقة الدم من القربة وأنه جعل حقهم في لحمه.

فرع آخر

لا يجوز أن يطبخ لحمه قبل دفعه، ولو طبخ متقدماً فيضمن بما بين قيمته مطبوخاً ونياً إن نقص به.

فرع آخر

لو نذره للأغنياء خاصة فإن اقترن به نوع من القربة ليأنس به الأغنياء في التوسع لزمه، وإن تجرد عن القربة وقصد به المباهاة والتطاول لم يلزمه، ولو أطلق النذر ولم يجعل لنفسه ولا لغيره يحمل على العرف المقصود بالنذر ويصح.

فرع آخر

لو نذر نحره بالبصرة وتفرقة لحمه في غير البصرة لا يلزمه نحره بالبصرة؛ لأنه لا فضل لنحره فيها على نحره في غيرها بخلاف نحره في الحرم الذي هو أفضل منه في غير الحرم ولا يلزمه نحره في الموضع الذي يستحق فيه تفرقته؛ لأنه غير مسمى في نذره، وإن كانت البصرة من أجل التسمية أولى إذا وصل لحمه إلى مستحقه طرياً.

فرع آخر

لو أطلق محل نحره فيه قولان من القولين نقل الصدقة، فإن قلنا يجوز نقل الصدقة يكون نحر نذره وتفرقة لحمه مستحقاً في بلده، ويجوز أن يعدل بها إلى غيره فينحر في

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٨١).

بلده ويفرق في مساكين غير بلده. وإن قلنا لا يجوز فعلى هذا يكون تفرقة لحمه في مساكين بلده مستحقاً، وفي وجوب نحره في بلده وجهان؛

أحدهما: يجب.

والثاني: يستحب.

فرع آخر

لو نذر أن ينحر في بلده يلزمه ولا يحتاج إلى شرط الصدقة، ذكره في «الإفصاح».

فرع آخر

لو نذر الصلاة في الجامع له أن يصلي في بيته على ما ذكرنا، وفيه وجه آخر لا بد أن يصلي في مسجدٍ ما وإن لم يكن جامعاً.

فرع آخر

[٤٤/أ] إذا نذر أن يجاهد في جهةٍ لم يجزئه في غيرها.

مسألة: قَالَ(١): «وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَهْدِي مَتَاعَاً لَمْ يُجْزِئْهُ إِلَّا أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ».

الفصل

اعلم أنه إذا نذر شيئاً لا يخلو إما أن يطلق ذلك أو يعينه، فإن عينه بأن يقول: لله عليَّ أن أهدي هذا، لا يخلو إما أن يكون ذلك مما ينقل أو مما لا ينقل، كالثياب والعبيد ونحو ذلك فإنه ينقله ويفرقه على مساكين الحرم، وإنما حملنا مطلق الهدي على الحرم؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَٱلۡهَدۡيَ مَعۡكُوفًا أَن يَبۡلُغَ مَحِلَّهُۥۚ﴾ [الفتح: ٢٥]، وقال تعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلۡبَيۡتِ ٱلۡعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٣]، وإنما وجب إيصاله إلى مساكين الحرم؛ لأن المقصود من حمله إلى الحرم منفعة أهله، ومعنى الهدي المطلق في الشرع ما يصل إليهم، ولا يجوز أن يجعله في طيب البيت وتعليقه ستراً على البيت، وإن نوى شيئاً قال الشافعي رضي الله عنه: «فإن نوى أن يكون من طيب البيت أو ستراً يعلقه على البيت جعله حيث نوى؛ لأن لفظ الإهداء صالح للإهداء إلى البيت والإهداء إلى المساكين».

وقال أصحابنا بخراسان: إذا أطلق إن شاء جعله ستراً للبيت أو شرى به الطيب وطيَّب به الكعبة، وهذا غلط ظاهر.

وإن كان الشيء مما لا ينقل كالدور والعقار ونحوها باع ذلك ثم أهدى ثمنه؛ لأنه إذا تعذر نقله وجب أن يحمل بدله، ألا ترى أنه إذا أهدى شيئاً بعينه فأتلفه فتلف لزمه بدله، ووجب حمل بدله لتعذر المبدل، ولأنه لما نذر ذلك مع علمه بأنه لا ينقل علينا أنه قصد بدله. وقد روي أن رجلاً سأل ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ في امرأة نذرت أن تهدي داراً فقال: تبيعها وتتصدق بثمنها على مساكين الحرم.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٣٨).

فرع

إذا نقل المنقول إلى الحرم، فمؤنة النقل على من تكون؟ قال القفال: يُنظر، فإن قال: جعلت هذا هدياً [٤٤/ب] بالمؤنة فقد يباع بعضه وينفق على الباقي ليصل إليهم، وإن قال: عليَّ أن أهدي بهذا فالمؤنة عليه في ماله.

فرع آخر

لو كان منقولاً ولكن لم تجر العادة بنقله مثل حجر الرحا والعارض الكبير، فحكمه حكم الأراضي والعقار، وإلى هذا أشار القفال ـ رحمه الله ـ.

فرع آخر

لو نذر حيواناً غير النعم من طائر أو دابة يلزمه أن يتصدق بها حيّاً، ولا يجوز أن يذبح إذ لا قربة في ذبحه، فإن ذبح وهو مأكول تصدق باللحم وغرم ما نقص الذبح، ولو نذر النعم يذبحه ويتصدق به، ولا يجوز أن يتصدق به حياً؛ لأن الذبح فيه قربة ذكره القفال.

فرع آخر

لو أطلق نذر الهدي فقال: لله عليَّ أن أهدي الهدي يحمل على الهدي الشرعي، وهو الثني من الإبل، والبقر، والمعز، والجذع من الضأن؛ لأنه لما أدخل الألف واللام في قوله الهدي اقتضى ذلك الهدي المعروف في الشرع. وقال في «الحاوي»[1]: هكذا ذكره أبو حامد، وقال سائر أصحابنا: يستوي الحكم بين دخول الألف واللام وإذا لم تدخل الألف واللام يجيء كله.

فرع آخر

لو قال: عليَّ أن أهدي هدياً إن لم يقل هدياً فيه قولان:

أحدهما: أنه يلزمه الهدي الشرعي الذي ذكرنا ولا يجزئه إلا في الحرم. قال الشافعي رضي الله عنه هنا: إلا أن يُحصر فينحر حيث أحصر، وهذا لأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وهو المشهور الصحيح.

والثاني: قاله في «الإملاء»: أي شيء أهدي مما يُتَمَوَّل في العادة جاز؛ لأن اسم الهدي يقع عليه لغةً وشرعاً.

أما اللغة: يقال: أهدى فلان إلى فلان كذا، وأهدى له ما يُتَمَوَّل. وأما الشرع: روي في خبر الجمعة أن النبي ﷺ [قال:] «ومن راح في الساعة [٤٥/أ] الخامسة فكأنما قرب بيضة».

فإن قيل: يجوز أن يجب عليه عُشر شاةٍ وأقل في أجزاء الصيد، فجوز ذلك على

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٨٢).

القول الأول. قلنا: ذلك على طريق البدل والمقابلة، ولا يجوز ذلك العُشر في نفسه هدياً، بل هو جزء من هدي فلا يجوز ذلك.

فإن قيل: إذا نذر أن يتصدق لا يلزمه أن يتصدق بخمسة دراهم، وأقل التصدق في الشرع هذا، وكذلك إذا نذر الصوم يلزمه يوم، وأقل ما ورد الشرع بالصيام ثلاثون يوماً. قيل: الدراهم تتبعض فصح التصدق بدرهم واحدٍ بخلاف الهدي. وأيضاً الدرهم الواحد قد يجب في الزكاة، وهو إذا كان خليطاً مع آخر في الدراهم، وأما صيام ثلاثين يوماً فثلاثون عبادة لخمس صلواتٍ في اليوم والليلة، وقد يبلغ صبي أو يسلم كافر في رمضان، فلا يلزمه إلا صوم يوم واحدٍ.

فرع آخر

لو قال: عليَّ أن أهدي بدنةً، أو بقرةً، أو شاةً هل تعتبر السلامة من العيوب منها أم لا؟ فيه قولان مخرجان بناء على القولين السابقين، وكذلك هل يعتبر فيها السن من الثنية من الإبل والبقر والمعز والجذع من الضأن على هذين.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[1]: لو قال: لله عليَّ أن أجعل هذا المتاع هدياً توجه مطلق هذا النذر إلى وجوب نقله إلى الحرم؛ لأنه محل الهدي في الشرع على ما ذكرنا. ولو قال: لله عليَّ أن أهدي المتاع ولم يقل هدياً فقد نفى، يلزمه عرفان؛ عرف اللفظ أن يكون هدية، وعرف الشرع أن يكون هدياً، فإن أراد عرف اللفظ أن يكون هدية بين المتواصلين لم ينعقد به النذر، إلا إن تقرب بقربة تختص بثوابٍ، وإن أراد عرف الشرع وجب إيصاله إلى الحرم، وإن أطلق ففيه وجهان:

أحدهما: يحمل على عرف الشرع وينعقد النذر.

والثاني: يحمل على عرف اللفظ؛ لأنه قد اقترن به عرف الاستعمال، فيكون هدية ولا يكون، [٤٥/ب] فلا ينعقد به النذر.

فرع آخر

لو جعله للكعبة خص به الكعبة في الستر، أو الطيب، أو الشمع، أو الدهن. وإن جعله لأهل الحرم يلزمه صرفه إلى الفقراء منهم دون الأغنياء، وهل يجوز صرفه إلى ذوي القربى؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يجوز كالزكاة والكفارات. **والثاني**: لا؛ لأنه تطوع بنذره.

فرع آخر

لو كان المتاع ما لا يمكن تفريقه فيهم كاللؤلؤ والجوهر كان حقهم في قيمته، وهل يلزم الناذر بيعه أو دفع قيمته؟ فيه وجهان مخرجان من اختلاف قول الشافعي في العبد

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٨٣).

الجاني، هل يفديه السيد بقيمته أم بثمنه؟ فيه قولان:

أحدهما: بقيمته، فعلى هذا يجوز للناذر أن يصرف قيمته إليهم وإن لم يبعه.

والثاني: عليه بيع الجاني لجواز ابتياعه بأكثر من قيمته فعلى هذا يلزمه بيع هذا المتاع لجواز أن يرغب فيه من يشتريه بأكثر من ثمنه، فإن أراد أن يأخذه بالثمن المبذول فيه جاز.

فرع آخر

إذا ألزمناه قيمته، فإن كانت قيمته في موضع النذر أكثر جاز، وإن كانت أقل لم يجز. فإن استهلكه وجبت عليه قيمته في أكثر حالتيه من موضع الاستهلاك، أو من الحرم لما وجب عليه من إيصاله إلى الحرم.

فرع آخر

لو كان الهدي مما لم يجز لأن إخراج البدل فيما استحقت أعيانه لا يجوز كالزكوات.

فرع آخر

لو نذر هدي بقرةٍ بعينها ثم أتلفها هو، فعليه أكثر الأمرين من قيمتها أو مثلها؛ لأن أكثرهما حق المساكين، وإن أتلفها غيره يجب على المتلف قيمتها ويلزمه صرفها في مثلها، فإن فضل شيء ففيه وجهان:

أحدهما: يصرف في مثل آخر أو جزءٍ من مثل آخر.

والثاني: يصرفها ورقاً.

وإن كانت القيمة أقل فهل يلزم الناذر تمام ثمن مثلها؟ وجهان؛ **أحدهما**: يلزمه لاستحقاق المساكين له [٤٦/أ] بالنذر.

والثاني: لا يلزمه وهو الأشبه؛ لأنه قد مات ما نذر. فإن قلنا بهذا يجيء فيه الوجهان اللذان ذكرناهما في زيادة القيمة.

فرع آخر

لو تلفت بنفسها هل يلزمه ضمانه؟ فيه وجهان، والأصح أن لا ضمان؛ لأنها بعد النذر كالأمانة. والوجه الثاني يضمنها لتعلق نذرها بذمته، فالجهة باقية بخلاف ما لو نذر إعتاق عبدٍ بعينه فمات لم يضمنه.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني أنه يضمنها ففي ضمانها ثلاثة أوجه؛ **أحدها**: مثلها.

والثاني: يضمن قيمتها.

والثالث: يضمن أكثر الأمرين من المثل أو القيمة.

فرع آخر

إذا أطلق الهدي، قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «فعليه أن يهدي ما كان ولو بيضة

أو تمرة». واختلف أصحابنا في هذا على وجهين:

أحدهما: قاله على وجه المبالغة، ويعتبر أن يهدي أقل ما يكون ثمناً لمبيع أو مبيعاً بثمن، ولا تكون التمرة الواحدة ثمناً ولا مبيعاً كما قلنا في أقل الصدقات.

والوجه الثاني: أنه قال حقيقاً؛ لأن التمرة ذرة في جزء جرادةٍ.

وقال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «وأستحب أن لا ينقص من «المد»؛ لأنه أقل ما يواسى به وأجزل ما دونه.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو قال: أنا أهدي هذه الشاة نذراً، أو أمشي إلى بيت الله نذراً، فعليه أن يهديهما ويلزمه المشي إلى بيت الله تعالى، إلا أن تكون نيته أني سأحدث نذراً أو سأهديها فلا يلزمه.

فرع آخر

قال في «الأم»: «ولو نذر أنه يهدي هدياً ونوى بهيمة أو جدياً أو رضيعاً أجزأه، ولو نذر أن يهدي شاةً عوراء أو عرجاء أو عمياء أو ما لا يجوز أضحية أهداها، ولو أهدى تاماً كان أحب إليّ». قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: وكل هذا هديٌ، ألا ترى إلى قول الله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥] [٤٦/ب] إلى الحرم أهدى».

مسألة: قَالَ[(١)]: «وَمَنْ نَذَرَ بَدَنَةً لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا ثَنِيٌّ أَوْ ثَنِيَّةٌ».

جملته إذا نذر بدنة فلا يخلو إما أن يطلق أو يقيد ببدنةٍ من الإبل، فإن أطلق فالإطلاق يقتضي بدنةً من الإبل، فإن كان واجداً لها أهداها. قال الشافعي ـ رضي الله ـ عنه: «وَإِذَا لَمْ يَجِدْ بَدَنَةً فَبَقَرَةٌ»، كما نقول في البدنة الواجبة في الإحرام متى لم يجد نزل إلى البقرة ثنية، فإن لم يجد بقرة فتبيع من الغنم يجزئ ضحايا.

واختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: هو على الترتيب وهو المذهب، وبه قال عامة أصحابنا. ومنهم من قال: هو على التخيير؛ لأن الشريعة أقامت البقرة مقام البدنة فجاز أن يتخير، وأصل هذين الوجهين البدنة على المفسد حجه، هل هو على التخيير أم الترتيب؟ فيه قولان. ومن قال بالتخيير قال: قول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «فَإِنْ لَمْ يَجِدْ» أي فإن لم يكن، أو لم يتفق له ذلك، ولا يجوز أن يعدل عنها إلى الإطعام عند عدم الكل، وإن كان في الشرع بدلاً منه لانتفاء اسم الهدي عنه. وإن كان قيَّد النذر وقال: بدنة من الإبل يتعين في الإبل بلا خلافٍ، ولا يجوز أن يعدل عنها مع القدرة عليها؛ لأنه أزال الاحتمال بالتقييد. وقيل: هذا إذا كان مراده أن لا يتقرب إلا بالبدنة؛ لأنه علق نذره بعينها، فينظر كم قيمة البدنة، فما كان قيمتها يشتري به بقراً،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٩).

فإن فضل منها شيء صرفه فيما أمكن من البقر ولو في عشر بقرات. وإن كان لا يقدر على شراء بقرٍ كاملٍ بالفضل هل يشتري سهماً من البقر أم يتصدق به على مساكين الحرم؟ فيه وجهان. ويخالف هذا إذا لم يقصد جنساً من الأجناس الثلاثة، [٤٧/أ] فالأجناس الثلاثة متساوية في الجواز، إما على التخيير أو على الترتيب، وإذا قصد الإبل والنذر تعلق بجنس البدنة، ولا يجوز أن ينتقل إلى البقرة إلا بقيمتها، وإن لم يجد بقرةً بقيمتها يلزمه إتمامها وعليه أكثر الأمرين من البقرة أو قيمة البدنة.

ومن أصحابنا من قال: إذا لم يجد الإبل فلا بدل له، وتكون الإبل في ذمته حتى يجدها؛ لأنه عيَّنها بنذره، والمذهب الأول؛ لأنه يجوز الانتقال إلى بدل الشيء عند العجز، كما يجوز الانتقال إلى التيمم عند عدم الماء، ولأن المقصود نفع المساكين، وهم ينتفعون بلحوم البقر أيضاً بخلاف ما لو نذر إعتاق عبدٍ لا يجوز العدول عنه بحالٍ. ومن أصحابنا من قال: يجوز البقرة قل ثمنها أو كثر، ذكره في «الحاوي»(١).

وقال بعض أصحابنا بخراسان: أراد الشافعي ـ رضي الله عنه ـ بما ذكر إذا عين بعيراً، أو قال: لله عليَّ أن أهدي هذا، أو في هذه المسألة التي ذكرنا هل يتخير؟ وجهان أيضاً، وهو غلط ظاهر، وليس مراد الشافعي هذا. وحكي عن القفال أنه قال: لا يجوز غير الإبل سواء قال مطلقاً بدنة أو قال: بدنة من الإبل، أو كانت الإبل موجودة أو غير موجودة، ولعل هذا اختياره وهو القياس، ولكنه خلاف النص على ما بيناه.

فرع

قال أصحابنا: إذا انتقل إلى البدل في هذه المسائل التي ذكرناها يتخير بين البقر والغنم، ولا يراعي الترتيب بين البقر؛ لأن الواجب البدنة أو بدلها.

وقال في «الحاوي»(٢): إذا وجد البقرة لا يعدل إلى الغنم، فإن لم يجد البقرة عدل إلى سبع من الغنم، وهل يراعي القيمة؟ فيه وجهان؛ فإذا راعينا القيمة ففي قيمتها ثلاثة أوجه:

أحدها: عليه أكثر الأمرين من قيمة البدنة أو سبع من الغنم؛ لأن البدنة هي الأصل [٤٧/ب] المنذور.

والثاني: يلزمه أكثر الأمرين من قيمة البقرة، أو سبعٍ من الغنم.

والثالث: يعتبر أكثر الأمور الثلاثة من قيمة البدنة أو البقرة، أو سبع من الغنم؛ لأنه أصل في البدنة في البقرة، والبقرة أصل في الغنم فاعتبر أغلظها.

ثم قال الشافعي ـ رضي الله ـ عنه: «وَالخَصِيُّ يُجْزِىءُ». وقد ذكرنا هذا في الأضحية، وذلك أن الخصي أطيب لحماً من الفحل وأوفر وأرطب وذكر بعض أصحابنا

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٨٧).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٨٧).

إذا نذر أضحية وأطلق لا يجزئه الحامل، وهذا غريب.

مسألة: قَالَ[١]: «وَلَوْ نَذَرَ عَشْراً صَامَهُ مُتَتَابِعاً أو مُتَفَرِّقاً».

جملة هذا إذا نذر صوم عشرة أيام وأطلق يجوز متتابعاً ومتفرقاً، وقال داود: يلزمه التتابع، وهذا غلط، لأن الاسم يقع عليهما. وإن نذر أن يصوم شهراً بعينه فإنه متتابع من حيث الوقت كصوم رمضان، ولكن صفة التتابع لا تلزمه حتى لو أفطر يوماً لم يلزمه استيفاؤه، وكذلك لو قال: لله عليَّ أن أصوم شهراً من الآن. ولو قال: أصوم شهراً له أن يصوم شهراً بين الهلالين تاماً كان أو ناقصاً، وله أن يفرق. وإذا فرّق لا يجوز أقل من ثلاثين يوماً. وكذلك لو تابع إلا أنه لم يبتدأ من أول الشهر بل كسره ولو بيوم.

مسألة: قَالَ[٢]: «وَلَوْ نَذَرَ صِيَامَ سَنَةٍ بِعَيْنِهَا صَامَهَا إلاَّ رَمَضَانَ».

اعلم أنه إذا نذر صوم سنةٍ فلا يخلو إما أن يقول: السنة الفلانية، أو يقول: سنة من وقتي هذا، أو يقول: سنةً مطلقاً. فإن قال: من وقتي هذا يلزمه صوم سنةٍ هلاليةٍ اثني عشر شهراً؛ لأن السنة في الشرع هذه، ويصوم جميع السنة إلا يوم الفطر ويوم الأضحى وأيام التشريق؛ لأنه لا ينعقد نذره فيها ولا يلزمه قضاءها، وهكذا يصوم [٤٨/أ] شهر رمضان عن رمضان لا عن النذر، ولا يلزمه قضاؤه؛ لأنه مستحق بصومه ولا ينعقد فيه غيره فلم يتناوله النذر، فلو أفطر في بعضها فلا يخلو إما أن يكون بعذرٍ أو بغير عذرٍ، فإن كان أطلق النذر ولم يشترط فيه التتابع يمضي على بقية صومه ويقضي ما أفطره، وإن كان شرط فيه التتابع انقطع حكم الصوم وعليه الاستئناف. وإن أفطر لعذر، فإن كان الناذر امرأة فأفطرت أيام حيضها، منعت في صومها ولا تستأنف؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وهل يجب عليها قضاء ما أفطرته؟ قولان:

أحدهما: لا يلزمها؛ لأنه لا يدخل في نذرها إلا ما يمكنها وتقدر عليه.

والثاني: يلزمها القضاء؛ لأن الزمان محل للصوم، وإنما منعت فيها من الصوم لمعنًى يمنعها وهو الحيض فلزمها القضاء، ولأن النذر محمول على المشروع ابتداءً، والحائض تقضي الصوم الواجب بالشرع، فكذلك الواجب بالنذر.

فإن قيل: أليس قلتم: لو نذرت الصوم في أيام الحيض لا ينعقد نذرها ولا يجب القضاء قولاً واحداً، فهلا قلتم هاهنا مثله؟ قيل: الفرق أن النذر إذا اختص بزمان الحيض كان نذر معصية، وهنا إذا تعلق بالسنة لم يكن معصيةً فافترقا. وإن أفطر بمرضٍ فحكم الرجل والمرأة فيه سواء، فهل ينقطع التتابع به؟ قولان؛ فإذا قلنا لا ينقطع أو كانت الموالاة من حيث الوقت لا من حيث الشرط هل يلزمه قضاء ما أفطر بالمرض؟ فيه وجهان بناءً على القولين في الحائض؛ لأنه غير متمكن من صومه كالحائض، وإن كان لسفرٍ ففيه طريقان؛ **أحدهما**: أنه كالمفطر بالمرض فيه وجهان. [٤٨/ب].

والثاني: أنه كالمفطر بغير عذر لقدرته على الصوم، وقد ذكرنا في كتاب «الظهار»:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٩).

ويلزمه القضاء بلا خلافٍ؛ لأنه يفطر باختياره.

ولو قال: لله عليَّ أن أصوم سنة كذا يصومها إلا رمضان، فإنه يصومه لرمضان ويفطر في الأيام التي ذكرنا ولا قضاء لما ذكرنا، فإن أفطر يوماً سوى هذه الأيام أو صام عن غيره يقضيه ولا يبطل ما مضى؛ لأن التتابع للوقت على ما ذكرنا، ولو كان الناذر امرأة فأفطرت بالحيض، أو أفطرت هي والرجل بالمرض هل تقضي؟ فعلى ما ذكرنا. قال صاحب «الإفصاح»: والصحيح أن لا قضاء، لا في هذه المسألة ولا في المسألة السابقة.

ولو قيد بالتتابع فقال: سنة كذا متتابعاً فأفطر يوماً متعمداً بطل التتابع، ويبطل ما مضى من صومه ويستأنف على ما ذكرنا. وحكي عن القفال أنه لا يبطل ما مضى من صومه، ولا تأثير لقوله: «متتابعاً» وهو غلط عليه عندي.

ولو قال: لله عليَّ أن أصوم هذه السنة يتناول السنة الشرعية من المحرم إلى المحرم، فإن كان قد مضى نصف الحول لا يلزمه الباقي، ثم إذا كان في ذلك الباقي رمضان والأعياد لا يلزمه قضاءها. وأما إذا قال: أصوم سنة ولم يعين وأطلق ينعقد نذره ويثبت الصوم في ذمته، ويلزمه أن يصوم سنةً اثني عشر شهراً، ويجوز متوالياً ومتفرقاً. ثم إذا اختار الصوم فهو على ما ذكرنا في تمام الشهر ونقصانه، وإذا أفطر الأعياد وصام لرمضان يلزمه قضاء الكل؛ لأن السنة إذا كانت في الذمة تقدرت بتمام اثني عشر شهراً ولفظ القضاء عن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ عبارة مجازٍ لا عبارة [٤٩/ أ] حقيقة؛ لأن السنة إذا كانت بغير عينها فقضاء هذه الأيام على معنى الأداء لا على معنى القضاء، ثم إذا قضى شهر رمضان قضى مكانه شهراً تاماً كان أو ناقصاً؛ لأنه قضاء شهرٍ بأداء شهرٍ. وأما إذا قضى زمان الأعياد فقد أفطر في خمسة أيام فيسقط اعتبار الهلال في هذين الشهرين ويكون الاعتبار بالعدد، فإن كان الشهران تامين قضى خمسة أيام، وإن كانا ناقصين قضى سبعة أيامٍ، وإن كان أحدهما ناقصاً والآخر تاماً قضى ستة أيام.

وقال بعضُ أصحابنا: لو ابتدأ في هذه السنة التي ذكرناها من المحرم إلى المحرم، يقال: صام سنة، وإن كان صومه لسنةٍ منكرةٍ فالقياس أنه لا يلزمه صيام هذه الأيام، وإن كان ظاهر المذهب بخلافه. وإن شرط التتابع وقال: سنةً متتابعاً يلزمه ذلك، ولا يمكنه أن لا يتخللها رمضان وأيام العيد وأيام الحيض، وذلك كله لا يقطع التتابع ولكن يلزمه قضاءها على ما ذكرنا.

وقال في «الحاوي»(١): لو نذرت صيام شهرين متتابعين فحاضت لم ينقطع التتابع بها، وفي وجوب قضائها قولان؛ **أحدهما**: تقضي كما تقضي في الكفارة.

والثاني: لا يلزمها القضاء؛ لأن وجوبه بالشرط بخلاف الكفارة، وهذا غريب.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٩٢).

فرع

لو نذر صوم يوم الخميس فصام يوماً قبله لا يجوز، هذا هو المذهب المشهور. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يصح وهو الأصح، وبه قال محمد. **والثاني**: يجوز وبه قال أبو يوسف. قال أصحابنا: وهكذا لو قيد الصلاة بوقتٍ هل يجوز تقديمها على الوقت؟ فعلى هذا الخلاف.

وقال في «الحاوي»[(١)]: إذا نذر وقال: لله عليَّ أن أصلي في يوم الخميس، فإن قصد به تفضيل ذلك الزمان يجوز أن يصلي [٤٩/ب] يوم الأربعاء ويوم الجمعة. لأنه لا فضيلة ليوم الخميس، وإن قصد به أن يجعله وقتاً للنذر لا يجوز قبله ولو كان له فضيلة على غيره، فإن قال: لله عليَّ أن أصلي ليلة القدر فهي أفضل من غيرها فلا تجزىء الصلاة في غيرها، وليلة القدر في العشر الأواخر وهي لا تتعين قطعاً في إحدى ليالي العشر فيلزمه أن يصليها في كل ليلة من ليالي العشر ليصادفها في إحدى لياليه، كمن نسي صلاة من خمس صلواتٍ لا يعرفها قضى جميعها، فإن لم يصليها في العشر كلها لم يقضها إلا في مثله، وهذا حسن صحيح. ولو عين الصدقة لوقتٍ يجوز تقدمها عليه.

فرع آخر

لو نذر صوم يوم العيد لا ينعقد نذره، وقد ذكرنا عن أبي حنيفة أنه قال: ينعقد نذره ويلزمه أن يصوم يوماً آخر، فإن صام فيه هل يسقط عنه موجب نذره؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: لأنه نذر معصية.

والثاني: ينعقد ويصليها في وقت آخر وهو الأظهر. ومن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: النذر باطل فلا ينعقد بوفاء ولا قضاء.

والثاني: ينعقد النذر بالوفاء بالصلاة، فيصلي في الوقت ولا يقضي؛ لأنه ظهر سببها والصلاة التي لها سبب تجوز في الوقت المنهي عنه. **والثالث**: ينعقد النذر بالقضاء دون الوفاء فيصليها في غير وقتها ليفي بالنذر ويسلم من المعصية.

والفرق بينها وبين نذر صوم يوم العيد أن الوقت المنهي عنه يصلح لشيء من الصلوات التي لها أسبابٌ، فينعقد النذر بالصلاة فيه لحقه بحكم النهي، ويوم العيد لا يقبل الصوم في حق الناس كافةً على العموم فلا ينعقد نذر الصوم فيه.

فرع آخر

لو نذر صوم يوم الشك هل ينعقد نذره؟ فيه وجهان، والأظهر أنه ينعقد.

فرع آخر

لو نذر أن يقرأ القرآن جنباً هل ينعقد نذره؟ وجهان. [٥٠/أ] والأظهر أنه ينعقد.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٩٧).

فرع آخر

لو نذر أن يقرأ القرآن جنباً هل ينعقد نذره؟ وجهان، والظاهر عندي أنه ينعقد نذره. وإذا قلنا ينعقد فإنما يقرأ القرآن بعد اغتساله لا في حال الجنابة.

فرع آخر

لو نذر صوم نصف يوم لا ينعقد نذره وهو المذهب. وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل ينعقد نذره؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: ما ذكرنا.

والثاني: ينعقد ويلزمه صوم يوم تام. قال: هذا إذا لم يكن أكل في ذلك اليوم، فإن كان قد أكل ثم نذر يترتب على ما تقدم. فإن قلنا هناك: لا يلزمه شيء، فهاهنا أولى. وإن قلنا هناك: يلزمه صوم يوم فهاهنا وجهان. قال: وعلى هذا لو قال: عليَّ الركوع، فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يلزمه شيء. **والثاني**: يلزمه ركعة تامة.

فرع آخر

لو نذر أن يذبح نفسه أو ابنه أو أباه لا ينعقد، وبه قال أبو يوسف؛ لأنه تقرب بمعصية. وقال أبو حنيفة: إذا نذر ذبح نفسه أو ابنه ينعقد نذره ويلزمه ذبح شاةٍ، وبه قال محمد، وزاد على أبي حنيفة وقال: إذا نذر ذبح عبده ينعقد نذره ويلزمه شاةٌ أيضاً، وعند أبي حنيفة لا ينعقد، وعن أحمد روايتان؛ **إحداهما**: يلزمه ذبح شاة.

والثاني: يلزمه كفارة يمين، وروي هذا عن سعيد بن المسيب، واحتجوا بما روى القاسم بن محمد أن امرأةً جاءت إلى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ فقالت: يا ابن عباس، إني قد نذرت أن أنحر ابني، فقال لها: لا تنحري ابنك وكفري عن يمينك، فقال له شيخ: وكيف تكون كفارة في طاعة شيطان؟ فقال: بلى، أليس الله تعالى يقول: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم﴾ [المجادلة: ٢] إلى آخر الآية، ثم ذكر من الكفارة ما رأيت(١).

وروي عن عطاء بن أبي رباح أن رجلاً أتى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ فقال: إني نذرت لأنحرن نفسي [٥٠/ب] فقال ابن عباس: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾(٢) ثم تلا قوله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ﴿١٠٧﴾﴾ [الصافات: ١٠٧]، وروي في هذا الخبر أنه قال: إني نذرت أن أنحر ابني، فقال هذا.

وروي عن عكرمة عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال في رجل نذر أن ينحر نفسه، قال: ينحر مائة من الإبل في كل عام ثلاثاً(٣).

قلنا: قول ابن عباس لا يكون حجة، والقياس مقدم عليه واختلفت الرواية عنه، فروي أنه قال: عليه مائة بدنة ثم قال لمسروق: ما ترى؟ قال: عليه شاة، فرجع إلى

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٧٩).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٨١).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٨٤)، وفي «معرفة السنن» (٥٨٣٢).

قوله، وقال: إنَّ عليه شاة. ثم هو استحباب، أي أشكر الله تعالى إذا لم يوجب ذلك.

ثم روينا عن ابن عوف، عن رجل، أن رجلاً سأل ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ عن رجل نذر أن لا يكلم أخاه، فإن كلمه فهو ينحر نفسه بين المقام والركن في أيام التشريق، فقال: يا ابن أخي، أبلغ من وراءك أنه لا نذر في معصية الله عز وجل، لو نذر أن لا يصلي فصلى كان خيراً له، ولو نذر أن لا يصوم رمضان فصامه كان خيراً له، مُر صاحبك فليكفر عن يمينه وليكلم أخاه[(١)].

مسألة: قَالَ[(٢)]: «وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَحُجَّ عَامِي هَذَا فَحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ عدُوٌّ».

الفصل

إذا نذر أن يحج في عامه ذلك النذر ينعقد؛ لأنه طاعة، ثم إن وجد شرائط الحج يلزمه أن يحج في عامه ذلك ويسقط عنه موجب النذر إذا فعل، وإن لم يحج نُظر، فإن مضى من الزمان قدر ما يمكنه أن يحج فلم يفعل استقر الفرض في ذمته، ولا تسقط نفقة تلك الشرائط أو بعضها. وإن مات قضي عنه، وإن نفذ هذه الشرائط أو بعضها قبل مضي زمان يمكنه الحج فيه سقط عنه حكم الحج؛ لأن فرض الحج إنما يستقر بالتمكن من أدائه، ولم يمكن هنا الأداء. ويفارق هذا [٥١/أ] حجة الإسلام؛ لأنه متى أمكن وجب لأنها تختص بسنةٍ واحدةٍ، وهذا اختص بسنةٍ واحدةٍ فسقط عنه الفرض بالعجز عن أدائه فيها، وإن حُصِر ومنع فهذا مبني على أن من حُصِر عن حجة الإسلام ما حكمه؟ وقد ذكرنا في كتاب «الحج» أنه ينظر، فإن كان الحصر عاماً لم يستقر الفرض عليه في هذه السنة، فإن عاش إلى العام القابل أو كان واجداً للشرائط والطريق مخلى لزمه أداء الحج. وإن اختل بعض الشرائط أو صُدَّ عن الطريق لم يلزمه، وإن مات لم يقض عنه، وإن أحصر حصراً خاصاً بأن يمنعه صاحب الدين أو سلطان بلده، قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في كتاب «الحج»: «يستقر الفرض عليه»، وقال هنا: «إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ عَدُوٌّ أَوْ سُلْطَانٌ فَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ».

واختلف أصحابنا فيه على طريقين: **أحدهما**: قولاً واحداً يستقر عليه، والذي قال هنا أراد به إذا حصره سلطان بلده حصراً عاماً ومنعه وغيره من الحج، وهو اختيار القاضي الطبري.

والطريقة الثانية: فيه قولان؛ **أحدهما**: لا يستقر عليه كالحصر العام.

والثاني: يستقر عليه؛ لأن الطريق مُخلًّى، وإنما تعذر عليه أداء الحج بمعنى يختص به، فهذا حكم حجة الإسلام.

فأما المنذورة فحكمها مبني عليها، فكل موضع قلنا يستقر ذلك فكذلك المنذورة، وكل موضع قلنا لا يستقر ذلك لا تستقر المنذورة، ولا يختلفان إلا في شيء واحد، وهو ما ذكرنا أن حجة الإسلام إذا لم تجب في هذه السنة تجب في سنة أخرى عند

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٠٨٦). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٩).

وجود الشرائط بخلاف المنذورة في هذه السنة. وقال المزني وابن سريج: يلزمه القضاء بكل حالٍ كما لو قال: أصوم غداً فأغمي عليه حتى مضى الغد يلزمه قضاء يومٍ آخر.

وقال صاحب «التقريب»: ولهذا وجه [٥١/ب] وهو قول أبي حنيفة، وهذا لا يصح؛ لأن النذر المطلق محمول على الشرع، والحج الشرعي لا يستقر مع الحصر بخلاف الصوم، فإن الصوم الشرعي يجب عليه مع الإغماء أيضاً.

ومن أصحابنا من قال: في حجة النذر طريقان؛ **أحدهما**: أنها كحجة الإسلام، فإن كان الإحصار خاصاً يجب به قضاء الحج المنذور، وإن كان الحصر عاماً فهل يجب قضاءه؟ قولان؛ لأن حجة النذر أغلظ. قال صاحب «الحاوي»(١): وهذه الطريقة أشبه بالمذهب، وإن أخَّرَه لعذرٍ يختص به من مرضٍ أو ضل الطريق أو أخطأ العدد، أو نسي الوقت فقد استقر في ذمته ولزمه فعله، فإن مات قضي عنه، وهذا لأن حصر العدو يخالف هذه الأعذار في جواز التحلل من الحج الشرعي والمنذور محمول على المشروع.

واعلم أن هذا مشكل، وموضع إشكاله لأن القضاء إذا لزمه مع عذر المرض وخطأ العدد وجب أن يلزمه مع حصر العدو ومنع السلطان، فإذا لم يلزمه في منع العدو وجب أن لا يلزمه في المرض، ولا تخلو هذه السنة من أن تكون متعينة لنذره أولاً، وكيفما كان فالواجب أن يستوي منع العدو ومنع المرض، وهذا مذهب المزني في المرض، وادعاه قولاً للشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنه فصل بين المرض وحصر العدو في التحلل فألحق المرض بسائر المعاذير التي هي معاذير تقصيره مثل خطأ العدد أو النسيان والتواني، وهذه المعاذير التي حصلت بتقصيره فالقضاء معها واجب قولاً واحداً، ولا خلاف فيه وإنما الإشكال في المرض.

فرع

لو قال: إن شفى الله مريضي فللّه عليَّ أن أحج، فشفاه الله تعالى وجب الحج عليه، ولا يعتبر في وجوبه وجود الزاد والراحلة، [٥٢/أ] وهل يعتبر وجودهما في وجوب أدائه؟ ظاهر المذهب أنه يعتبر.

وقال صاحب «الحاوي»(٢): فيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة: **أحدهما**: لا يعتبر؛ لأنه كان قادراً على استثنائه في نذره، وهو قول من لا يطرح الغلبة في الأيمان فلم يطرحها في النذر. **والثاني**: يعتبر كما قلنا في المشروع.

فرع آخر

هل يجب تعجيله على الفور؟ فيه وجهان يخالف المشروع.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٩٥).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٩٥).

فرع آخر

لو قال: إن قدم غائبي فلله عليَّ أن أحج في عامي هذا، فإن قدم عامه سقط نذره ولا يجب عليه الحج، وإن قدم قبل حج عامٍ والوقت متسع لحجه لزمه وتعين في عامه، وإن تضيق الوقت عن إمكان الأداء ففي لزوم نذره وجوب الحج عليه وجهان؛ **أحدهما**: يلزمه كحجة الإسلام.

والثاني: يلزمه ويقضيه بعد عامه؛ لأنه قد كان قادراً على استثنائه في نذره، وهو قول من لا يطرح الغلبة، ذكره صاحب «الحاوي»(١).

فرع آخر

لو قال: لله عليَّ أن أحج سنة ولم يقل في عامي هذا، لم يحج في عامه وحج في عامٍ آخر إن أمكن. وإن مات قبل الإمكان فلا شيء عليه. وحكي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه قال: يلقى الله تعالى وعليه حجٌّ ولا يصح عندي عنه.

مسألة: قَالَ(٢): «وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ الْيَوْمَ الَّذِي يَقْدِمُ فِيهِ فُلَانٌ، فَقَدِمَ لَيْلاً فَلَا صَوْمَ عَلَيْهِ».

الفصل

اعلم أنه إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فيه فلان هل ينعقد نذره؟ فيه قولان: **أحدهما**: لا ينعقد؛ لأنه لا يمكن الوفاء به؛ لأنه إن قدم ليلاً لم يلزمه أن يصوم من الغد؛ لأن الصفة لم توجد، وإن قدم بالنهار وهو مفطر أو صائم عن غيره لم يمكنه أن يصوم عن نذره، وإن نوى من الليل قبل القدوم أن يصوم غداً فقد أتى ببعضه تطوعاً، وقد نذر صوم جميعه واجباً، وهذا اختيار أبي حامد، [٥٢/ب] وقاسه على ما لو قال: لله عليَّ أن أصوم أمسَ اليومِ الذي يقدم فيه فلان.

والثاني: ينعقد نذره وهو الصحيح، وهو اختيار المزني والقاضي الطبري؛ لأنه يمكن أن يقف على قدومه قبله فينوي بالليل أن يصوم من الغد لقدومه، فإذا أمكن ذلك انعقد نذره.

واحتج المزني فقال: قد يجب عليه الصوم في زمان لا يمكنه فعله فيه، ألا ترى أن الصبي الذي يبلغ في أثناء اليوم فيلزمه قضاءه، وكذلك المغمى عليه والحائض يلزمهما قضاء الصوم وإن لم يمكنهما.

وأما قياسه على ما قال: أصوم أمس اليوم الذي يقدم فيه فلان، فيحتمل أن يقال هنا: ينعقد النذر أيضاً.

فإذا تقرر هذا فإذا قلنا لا ينعقد نذره فلا كلام، وإذا قلنا ينعقد نذره فإن قدم ليلاً لم يجب عليه شيء؛ لأنه نذر صوم يوم يقدم فيه ولم يوجب ذلك اليوم. قال الشافعي ـ

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٤٩٥). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٣٩).

رضي الله عنه ـ: «وأحب أن يصوم من الغد من أجل أنه قصد ذلك بنذره» وإن قدمها بالنهار وكان قد عَلِمه بالليل ونوى يصوم لقدومه، ويجوز أن يكون أوله تطوعاً وآخره واجباً، وإنما يُعلم بأن أُعلم أنه سيدخل فيه لقربه منه، وإنما صح صومه هكذا؛ لأنه قد نواه عن علم به، وهذا اختيار أبي إسحاق وجماعة.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز أن يصوم هكذا؛ لأنه قد صام أوله قبل مقدمه، ولأنه يجوز أن يتأخر عنه مع الإخبار به، فلا يصير عالماً بما يفعله، ولا يمكن قطع النية به، وهذا اختيار القفال. وإن قدم ولم يعلم وهو مفطر أو صائم عن التطوع أو واجب آخر يلزمه قضاءه؛ لأنه لم ينوه في أوله واجباً.

ومن أصحابنا من قال: [٥٣/أ] إذا كان مفطراً يستحب له الإمساك في بقيته ولا يجب. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه طريقان: **أحدهما**: يجب الإمساك فيه؟ قولان بناءً على أنه يجب عليه قضاء يوم آخر، وفيه قولان.

والثاني: لا يجب قولاً واحداً وإن أوجبنا القضاء؛ لأن المسافر إذا قدم في خلال النهار لا يلزمه التشبه وإن لزمه القضاء.

وإن كان صائماً تطوعاً لا يجزئه عن نذره، وهل يتحتم صومه عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يتحتم؛ لأنه قد كان عند الله تعالى مستحقاً في نذره. **والثاني**: لا يتحتم، ويكون على خياره فيه إن شاء أفطر فيه وإن شاء أتمه وهو الأظهر اعتباراً بما انعقدت نيته عليه من تطوعه.

وإن كان صائماً عن فرضٍ لم يتعين فيه كقضاء رمضان، أو صوم كفارة يلزم إتمامه عن فرضه الذي نواه، وهل يلزمه قضاءه عن ذلك الفرض؟ وجهان: **أحدهما**: يلزمه وهو اختيار أبي إسحاق؛ لأن فرض صيامه صار مشتركاً. وقال ابن أبي هريرة: يستحب قضاؤه؛ ولا يجب لدخوله فيه عن نية انعقدت به، ثم عليه أن يقضي صوم نذره في المستقبل فيصوم على قول أبي إسحاق ثلاثة أيام، يومين عن فرضه ويوماً عن نذره. وعلى قول ابن أبي هريرة ثلاثة أيامٍ؛ يوماً عن فَرضه، ويوماً عن نذره، ويوماً يكون مستحقاً.

مسألة: قَالَ(١): «وَلَوْ أَصْبَحَ فِيهِ صَائِمَاً عَنْ نَذْرٍ غَيْرِ هَذَا أَحْبَبْتُ أَنْ يعودَ لِصَوْمِهِ لِنَذْرِهِ وَيَعُودَ لِصَوْمِهِ لِقُدُومِ فُلَانٍ».

الفصل

صورة هذه المسألة أنه نذر أن يصوم يوم الخميس ثم قال بعده: لله عليَّ أن أصوم يوم يقدم فيه فلان فقدم يوم الخميس، وهذا صائم عن نذره الأول.

قال الشافعي رضي الله عنه: «مضى في نذره وأتمه، [٥٣/ب] فإذا فرغ منه أحببت

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).

أن يعيده، فإن لم يعد أجزأه ثم قضى يوماً آخر لمقدم فلانٍ» وهو النذر الثاني؛ لأن هذا الزمان قد كان يصح صومه عن ذلك النذر ولكن صامه عن غيره فيلزمه القضاء عن نذره. فإن قيل: لم استحب الشافعي رضي الله عنه أن يعيد ما صامه عن نذره؟ قلنا: لأنه صام يوم الخميس وقد استحق فيه أن يصوم عن مقدم فلانٍ، فأحب أن يصوم في يومٍ لا يستحق صومه لغيره ولا يكون فرضه مشتركاً، فيصوم يومين يوماً فرضاً ويوماً مستحباً. فإن قيل: هلا قلتم يصح صومه عن نذره الأول وقد استحق صومه لمقدم فلان كما قلتم فيمن صام رمضان من غيره لم يصح؛ لأنه مستحق لصوم رمضان قبل استحقاق النذر في وقتٍ لا يمنع صحة غيره، ألا ترى أنه لو نذر أن يصلي في وقتٍ بعينه، أو يوم ثم قضى فيه صلاة فائتة، أو صوماً عن القضاء أو التطوع كان جائزاً. فإن قيل: أليس لو نذر صوم يوم من شهر رمضان لم ينعقد نذره، فكيف انعقد هنا وقد وافق يوماً يعين عليه فيه صوم النذّر؟

قيل: صوم شهر رمضان متعين فيه ولا يجوز أن يقع فيه صوم آخر، وليس كذلك اليوم الذي استحق صومه بالنذر، فإنه لو صام فيه غيره صح صومه فافترقا.

ثم قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «وَيَحْتَمِلُ القِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ عَلَيْهِ القَضَاءُ مِنْ قَبْلِ أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ صَائِماً عَنْ نَذْرِهِ» فحصل قولان، وتفسير قوله: «لا يصلح أن يكون فيه صائماً عن نذره» ما فسره المزني، فقال: يعني أنه لا صوم لنذره إلا بنيته قبل الفجر ولم يكن له سبيل إلى أن يعلم أن عليه صومه إلا بعد مقدمه، وفيه ضعف لما ذكرنا أنه ربما يعلم بالليل تقارب القدوم فينوي صومه [٥٤/أ] فيصح صوم ذلك اليوم عن نذره، واختار المزني وجوب القضاء، فقال: قضاؤه عندي أولى. واختار في نذر الحج سنة بعينها وجوب القضاء أيضاً بكل حالٍ. واحتج بصوم رمضان ومسألة الإغماء على ما ذكر وادعى أنه قول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، فقال: وقد قطع بهذا القول في موضع آخر، فسارت المسألة في المرض وحصر السلطان على قولين، هكذا ذكره الإمام الجويني ـ رحمه الله ـ.

فرع

لو قال: عبدي حر يوم يقدم فلانٍ فقدم ليلاً لا يعتق إلا أن يكون أراد باليوم الوقت. وقال أبو حنيفة: يعتق.

فرع آخر

لو قال: إن قدم يوم كذا فعبدي حرٌّ، فقدم من ليلته لا يعتق إلا أن يريد جملة اليوم والليلة. وحكي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: يعتق، ذكره القفال.

مسألة: قَالَ(١): «وَلَوْ قَالَ لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ اليَوْمَ الَّذِي يَقْدِمُ فِيهِ فُلَانٌ أَبَداً، فَقَدِمَ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).

يَوْمَ الاثْنَيْنِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَصُومَ كُلَّ اثْنَيْنِ يَسْتَقْبِلُهُ».

الفصل

إذا قال: لله عليَّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً فقدم يوم الاثنين فقد ذكرنا أن نذره هل ينعقد في اليوم الذي يقدم فيه فلان؟ قولان. وأما الأثانين المستقبلة ينعقد النذر فيها قولاً واحداً؛ لأنه يمكنه صومها واجباً بعد وجود الشرط فانعقد النذر، فإن وافق أثانين رمضان فعليه أن يصومها عن رمضان؛ لأنه مستحق له، فإن صامه عن النذر لم يصح عن رمضان ولا عن النذر، ولا يلزمه قضاء الأثانين عن النذر، لأن نذر صوم كل يوم اثنين وهو يعلم أنه لا بد في رمضان من تخلل الأثانين وصومها عن النذر لا يصح، فصار ذلك كأنها مستثناة عن جملة النذر، فلا يتعلق حكمها بها.

وإن وافق ذلك [٥٤/ب] يوم الأضحى أو يوم الفطر، أو أيام التشريق، فليس له أن يصومها نذره، وهل يلزمه القضاء؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يلزمه القضاء، نص عليه في النذر، وهو اختيار المزني وهو الصحيح؛ لأن الزمان مستحق للفطر، فإذا وافقه وأفطر فلا قضاء، ولأن نذره لا يصح في يوم العيد فلا يلزمه قضاءه، كالأثانين في شهر رمضان.

والثاني: يلزمه القضاء نص عليه في كتاب «الصوم» لأنه نذر صوم يوم يمكنه صومه عن نذره وهو أن لا يتفق يوم الاثنين في هذه الأيام، فإذا تعذر الصوم فيه يلزمه القضاء ويفارق الأثانين في رمضان، لأن رمضان لا يخلو عنها بحالٍ. قال أبو إسحاق والقول الأول أقوى.

مسألة: قَالَ(١): «وَلَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ صَامَهُمَا وَقَضَى كُلَّ اثْنَيْنِ فِيهِمَا».

جملة هذا أنه إذا نذر صوم يوم بعينه على التأبيد وهو في المسألة التي تقدمت أو في غيرها ولزمه صوم شهرين متتابعين فعليه أن يصوم أولاً الشهرين؛ لأنه إذا صامهما أمكنه أن يقضي الأثانين التي وقعت في الشهرين فيأتي بالصومين معاً، وإذا صام الأثانين عن النذر ينقطع تتابع صوم الشهرين، فإن الجمع بين الأمرين أولى.

فإذا ثبت هذا وصام الشهرين يلزمه قضاء كل اثنين تخلل الشهرين، لأنه أمكنه أن يصوم هذه الأيام عن نذره، فإذا ترك صومها لأمرٍ عرض لزمه القضاء كما لو ترك صومها لمرض. وقد قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «يلزمه القضاء» لأنه أدخل صوم الشهرين على نفسه.

وقال صاحب الإفصاح: اختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: إذا تقدم وجوب النذر وتأخر وجوب الشهرين عنه، فأما إذا تقدم وجوب الشهرين وتأخر وجوب النذر

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).

[٥٥/أ] في كل اثنين فإنه يصوم الشهرين المتتابعين ولا قضاء عليه، كما إذا صام شهر رمضان لا قضاء عليه. ومنهم من قال: لا فرق بينهما وعليه القضاء لأنه أمكنه صيامها عن نذره فلم يصمها، ولو صامها عن النذر وقعت الموقع.

وقيل: هذا القول نقله الربيع وهو المذهب. وقال القاضي الطبري: الأول أصح؛ لأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ صرح به هاهنا، فقال: «لأن هذا شيء أدخله على نفسه بعدما وجب عليه صوم الاثنين» فدل على أن وجوب صوم الشهرين متأخر، وإن كان متقدماً لا تجيء هذه العلة، بل وجبت قبل النذر فلم ينصرف النذر إليها.

مسألة: قَالَ[1]: «وَلَوْ كَانَ النَّاذِرُ امْرَأَةً فَهِيَ كالرَّجُلِ».

اعلم أن المرأة في نذرها كالرجل، فإذا نذرت أن تصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً ينعقد نذرها في الأيام المستقبلة، وفي اليوم الأول قولان كما في الرجل، فإذا وافق ذلك اليوم يوم حيضها فليس لها أن تصوم، وهل يلزمها القضاء؟ قولان:

أحدهما: لا يلزم؛ لأن هذا الزمان مستحق بلفظه.

والثاني: يلزم؛ لأنه يصح الصوم في هذا الزمان في الجملة، ولكن لا يصح منها لعارضٍ عرض لها. ومن أصحابنا من قال قولاً واحداً لا يلزمها القضاء؛ لأن الحيض لا ينافي وجوب القضاء كما في رمضان، ولأن من قال لا يلزمها القضاء خرجه من أنه لا يلزمها قضاء يوم العيد في أحد القولين، وهذا التخريج لأن تحريم صوم يوم العيد عام في حق كل الناس، وتحريم الحيض خاص فيها. وقيل: التخريج صحيح والفرق ضعيف؛ لأن الشرع حرم عليها صوم زمان الحيض كما حرم عليه صوم زمان العيد، وسوى بينهما في نذر الزمانين أنه لا ينعقد [٥٥/ب] فيستوي هذا أيضاً في هذا الحكم.

ومن أصحابنا من رتَّب فقال: إن قلنا يقضي أيام العيد هاهنا أولى، وإن قلنا لا يقضي فهنا قولان.

مسألة: قَالَ[2]: «وَلَوْ قَالَتْ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ أَيَّامَ حَيْضِي فَلَا يَلْزَمُهَا شَيْءٌ؛ لأَنَّهَا نَذَرَتْ نَذْرَ مَعْصِيَةٍ».

الفصل

جملته أنها إذا نذرت أن تصوم أيام حيضها لم ينعقد نذرها ولا يلزمها شيء بهذا النذر. وقال المزني: «هذا يدل على أنها لا تقضي نذر معصية»، وأراد به أنها إذا نذرت مطلقاً فوافق زمان الحيض، أو زمان العيد لا تقضي على ما اختار من القولين هناك.

قال أصحابنا: الفرق أنها لم تقصد هناك غير ما هو معصية بل قصدت القربة والطاعة؛ فإذا وافق زمان المعصية يلزم القضاء كما في رمضان بخلاف ما إذا قصدت

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).

نذر صوم يوم الحيض بعينه. وحكي أن الربيع لما ذكر هذه المسألة قال: لا ينعقد نذرها ويلزمها كفارة يمين. قال: وفيه قول آخر أنه لا يلزمه أن يكفر عن نذر المعصية بكفارة يمين وإن لم يكن في هذه المسألة. قال أصحابنا: هذا قاله تخريجاً عن نفسه؛ لأن غيره لم يحكه ولا تقضيه أصول الشافعي، وكان الربيع إذا ألزم شيئاً يقول: وفيه قول آخر لقصوره عن الانفصال عنه، وإنما بروايته دون تخريجه، وتأويلها: روت عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ قال: «لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين»، أن يحمل على بذل اللجاج الذي يخير فيه بين الوفاء وكفارة اليمين؛ ولأن أصحاب الحديث قالوا: لم يثبت إسناده، واعتماده على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث.

[٥٦/أ] فإن قيل: روى قتادة عن الحسن عن هياج بن عمران البرجمي أن غلاماً لأبيه أبق، فجعل لله عليه لئن قدر عليه ليقطعن يده، فلما قدر عليه بعثني إلى عمران بن الحصين ـ رضي الله عنه ـ فسألته فقال: إني سمعت النبي ﷺ يحث في خطبته على الصدقة وينهى عن المثلة، فقل لأبيك فليكفر عن يمينه وليتجاوز عن غلامه. وبعثني إلى سمرة ـ رضي الله عنه ـ فقال مثل ذلك. قيل: نحمله على الاستحباب بدليل أنه نذر ما لا يمكنه الوفاء به بحالٍ فلا شيء عليه.

فرع

لو نذرت أن تصوم عدد أيام حيضها صح النذر؛ لأنها جعلت أيام الحيض قدراً ولم تجعلها زماناً للصوم.

مسألة: قَالَ[١]: «وَإِذَا نَذَرَ الرَّجُلُ صَوْماً أَوْ صَلَاةً وَلَمْ يَنْوِ عَدَداً».

الفصل

جملة هذا أنه إذا نذر صوماً مطلقاً يلزمه صوم يوم واحدٍ؛ لأنه أقل ما وقع عليه الاسم. وقال في «الحاوي»[٢]: لو قيل: يلزمه صيام ثلاثة أيام كان مذهباً؛ لأنه أقل صومٍ ورد في الشرع نصاً. ولو نذر صلاةً مطلقاً نقل المزني ـ رحمه الله ـ أنه يلزمه ركعتان، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد ـ رحمهما الله تعالى ـ في روايةٍ، ونقل الربيع يجزئه ركعة، وروي هذا عن أحمد. واتفق أصحابنا ـ رحمهم الله ـ على أن في المسألة قولان:

أحدهما: يلزمه ركعتان، وقيل: هذا أصح؛ لأن أقل صلاة مقصودة متبوعة في الشرع ركعتان، وهي صلاة الصبح وصلاة الوتر، وإن كانت ركعة فهي تابعة غير مقصودةٍ فلا يعتبر ذلك كما لا يعتبر سجدة واحدة، وإن كانت صلاة شرعية وهي سجدة التلاوة.

والثاني: يلزمه ركعة؛ لأنها صلاة كاملة عندنا، ولا يعتبر بالمشروع؛ لأن المشروع

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٥٠٢).

في الصوم صوم شهر رمضان، ويكفيه في النذر صوم يوم واحدٍ.

وقيل: هذان [٥٦/ب] القولان مبنيان على أن النذر المطلق هل ينعقد بواجب الشرع أم لا؟ وفيه قولان.

فرع

هل يجوز صوم النذر بالنية قبل الزوال؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وقيل: فيه وجهان؛ لأنه يسلك بالمنذور مسلك النذر في وجهٍ.

ثم قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: «فإن مات قبل أن يقضيه وأوصى أن يُقضى عنه ففي الصوم يطعم مكان كل يومٍ مداً من طعامٍ، ويتقرب إلى الله عنه في الصلاة بما استطاعوا، ولا يُصلَّى ولا يُصَامُ عنه». وذكر بعض مشايخ طبرستان أن التقرب إلى الله تعالى في الصلاة وأن يطعم مداً لصلاة يوم وليلةٍ، وإن زاد كان أولى، ولا يجب ذلك بحالٍ.

مسألة: قَالَ[1]: «وَلَوْ نَذَرَ إِعْتَاقَ رَقَبَةٍ فَأَيَّ رَقَبَةٍ أَعْتَقَ أَجْزَأَهُ».

اختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من أخذ بظاهره أنه يجزئه أيُّ رقبةٍ كانت معيبةً أو سليمةً، مسلمةً أو كافرةً. ومنهم من قال: لا يجزئه إلا ما يجوز في الكفارة وهي أن تكون مسلمة سليمة. قال الداركي: وهذا هو الصحيح؛ لأن مطلق كلام الناذر يحمل على معهود الشرع، والعتق الواجب شرعاً لا يجوز إلا على الوصف الذي ذكرنا.

قال الداركي: فإن قيل: هذا يبطل بمن قال: لله عليَّ هديٌ يجوز ما يقع عليه الاسم في أحد القولين، قيل: الفرق أن الهدي يجب في الشرع قليله وكثيره من مد طعام إلى أقل منه وأكثر، ويجب في قتل صغار الصيد صغار النعم، والشرع لم يرد بإعتاقٍ رقبةٍ كافرة أو معيبةٍ بحالٍ، فظاهر كلام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ الأول.

واعلم أن هذا العطف مشكل؛ لأنه أجاب في نذر الصلاة بأنه لا يجوز أقل من ركعتين، فاعتبر الشرع فيه، فكان ينبغي أن يقيد نذر العتق بواجب الشرع أيضاً. [٥٧/أ] ولعل هذا العطف من جهة المزني، فنقل المسألة من موضعٍ آخر وذكر في هذا المكان، ويحتمل أن معناه: فأي رقبة أعتق أجزأه من صغيرة أو كبيرة، أو رفيعة في القيمة أو وضيعة، ولم يرد به الكفر والإسلام والنقائص التي تمنع الإجزاء. وقيل: أصل الوجهين القولان في نذر الهدي مطلقاً هل يحمل على النعم أم لا؟.

مسألة: قَالَ[2]: «وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لآخَرَ: يَمِينِي فِي يَمِينِكَ».

الفصل

في هذا مسألتان؛ **إحداهما**: أن يكون صاحبه حلف يميناً فقال له رجل: يميني في يمينك، فهل ينعقد للثاني يمين؟ ينظر، فإن كان الأول حلف بالله تعالى لم ينعقد للثاني

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٤٠).

يمين؛ لأن اليمين بالله تعالى لا تصح إلا بلفظٍ معظمٍ مفخمٍ. وقوله: «يميني في يمينك» ليس بلفظٍ معظمٍ، وإن كان حلف بعتقٍ أو طلاقٍ.

قال المزنيٌّ: قلت للشافعي: فإن يميني في يمينك بالطلاق فحلف أعليه شيء؟ فقال: لا يمين إلا على الحالف دون صاحبه. قال أصحابنا: معناه إذا لم ينو، فأما إذا نوى اليمين بالطلاق فحلف صاحبه لزمه؛ لأن اليمين بالطلاق والعتاق ينعقد بالكناية مع النية كما تنعقد بالصريح، وقد نص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ على مثل هذا في الإيلاء، فقال: «إذا قال لإحدى نسائه: والله لا أصبتك فقد آلى منها، فإن قال لأخرى: فقد أشركتك معها لم يكن مولياً من الثانية وإن نوى اليمين؛ لأن اليمين بالله تعالى لا تقع بالكناية، ولو قال لإحدى نسائه إن طلقتك فأنت طالق فقد آلى منها، فإن قال لأخرى قد أشركتك معها، فإن لم يكن نية لم يكن مولياً من الثانية، وإن كان له نية صار مولياً منهما جميعاً». هكذا ذكر القاضي الطبري.

وقال بعض أصحابنا: سؤال المزني أن يكون الآخر لم يحلف بعد، وإنما أراد إذا حلف، فإذا قال: يميني في يمينك، يعني إذا حلفت [٥٧/ب] يلزمني ما يلزمك، لا يتعلق به حلف بالله تعالى، أو بالطلاق نوى أو لم ينو؛ لأن حمل اليمين إنما يصير على يمين موجودةٍ، ويمين الثاني لم توجد بعد، والذي يدل على أن صورة المسألة هكذا أنه لو قال: قلت له، فإن قال يميني في يمينك بالطلاق فحلف، وهذا يقتضي أنه استأنف الحلف بعد هذا القول، فإن كان حلف ذلك الرجل ثم قال: هو هذا، أن ينوي أن ينعقد له وإلا فلا، وهذا أظهر في مسألة الإيلاء وحَدُّ الحلف ثم شرك.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: اختلف أصحابنا فيما نقل المزني ـ رحمه الله ـ، فمنهم من غلط فيه، وإذا حلف بالطلاق فقال الآخر: يميني في يمينك، أي أنا معلق طلاق امرأتي كما علقت يصح، وكذلك لو قال ذلك ثم حلف المخاطب بعد.

ومنهم من صحح ما نقله المزني وقال: التشريك والكناية في اليمين لا يصح بخلاف التشريك في نفس الطلاق، فلو حنث رجل بالطلاق فقال آخر يميني في يمينك وأراد وقوع الطلاق على امرأته تطلق امرأته ويكون كناية في الطلاق، وكذلك لو قال قبل حنث الحالف: يميني في يمينك، أي إذا وجدت الصفة وطلّقت امرأتك فامرأتي طالق أيضاً، فهذا تعليق نفس الطلاق بصفةٍ فيصح ذلك، فحصل وجهان إذا لم يكن حنث الأول فقال هذا.

كتابُ أدبِ القضَاءِ

الأصل في وجوب القضاء وتنفيذ الحكم بين الناس الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [صَ: ٢٦] الآية، وأراد: إنا جعلناك خليفةً لنا، وتكون الخلافة بالنبوة. وقيل: أراد خليفةً لمن تقدمك فيها، [٥٨/أ] وتكون الخلافة بالملك.

والحكم مأخوذ من الحكمة التي توجب وضع الشيء موضعه، وقيل: مأخوذ من إحكام الشيء ومن حكمه اللجام لما فيه من الإلزام.

وقوله: ﴿بِٱلْحَقِّ﴾ أي بالعدل، وقيل: بالحق الذي لزمك لله تعالى، وقوله: ﴿وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ﴾ أي الميل مع من تهواه، وقيل: أن تحكم بما تهواه ﴿فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ أي دين الله، وقيل: عن طاعة الله.

وقوله: ﴿بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ﴾ أي بما تركوا العمل ليوم الحساب، وقيل: بما أعرضوا عن يوم الحساب. وقوله تعالى:

﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ﴾ [الأنبياء: ٧٨] الآيتين، النفش: رعي الليل، والهمل: رعي النهار، وكان الحكم في أغنام رجلٍ رعت كرم آخر وزرعه، فحكم داود ـ عليه السلام ـ بالغنم لصاحب الكرم والزرع، وحكم سليمان ـ عليه السلام ـ بأن يدفع الغنم إلى صاحب الكرم لينتفع بدرها ونسلها ويدفع الكرم إلى صاحب الغنم ليعمره حتى يعود إلى حاله، ثم يرد الكرم ويسترجع الغنم، فقال الله تعالى: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ﴾ وكان حكم الله تعالى فيما حكم سليمان، فرجع داود عن حكمه إلى حكم سليمان. فإن قيل: كيف نقض داود ـ عليه السلام ـ حكمه باجتهاد سليمان عليه السلام؟ قلنا: داود ـ عليه السلام ـ كان قد أفتى بهذا لم يحكم ولم ينفذه، فلذلك رجع عنه، ويجوز أن يكون حكم سليمان من وحي فيكون نصاً يبطل به الاجتهاد.

وقال الحسن البصري: لولا هذه الآية لرأيت الحكام قد هلكوا، لكن الله تعالى عذر هذا باجتهاده وأثنى على هذا بصوابه(١).

وأيضاً قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥] الآية، وهي نزلت في الزبير ورجلٍ من الأنصار وقد شهدا بدراً، وقيل: إنه حاطب بن أبي بلتعة تخاصما إلى رسول الله ﷺ في شراج من الحَرَّة كانا يسقيان به نخلاً لهما [٥٨/ب] فقال ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك» فغضب الأنصاري

(١) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٥٨٦٤).

وقال: إن كان ابن عمتك، فتلون وجه رسول الله ﷺ حتى عرف أن قد ساءه، ثم قال: «يا زبير احبس الماء إلى الجدر أو إلى الكعبين ثم خل سبيل الماء» فنزلت هذه الآية: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾، أي فيما تنازعوا فيه، وسميت المنازعة مشاجرة لتداخل كلامهما كتداخل الشجر الملتف ﴿ثم لا يجدوا﴾ أي لا يجدوا في أنفسهم ﴿حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما﴾، أي تسليماً لحكمك.

وأيضاً قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١٠٥] الآية، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا۟ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾ [النور: ٥١] الآية، وقوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠]، قال أبو عبدالرحمٰن: فصل الخطاب: فصل القضاء. وقال شريح: الشهود والأيمان. وقوله تعالى: ﴿وَمَن يُؤْتَ ٱلْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِىَ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [البقرة: ٢٦٩]، قال ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: يعني المعرفة بالقرآن ناسخه ومنسوخه، ومتشابهه ومقدمه ومؤخره، وحلاله وحرامه وأمثاله.

وأما السنة: فما روى بريدة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «القضاة ثلاثة؛ قاضيان في النار وقاضٍ في الجنة، فمن قضى بغير الحق وهو يعلم فذلك في النار، وقاضٍ يقضي ولا يعلم فأهلك حقوق الناس فذلك في النار، وقاضٍ قضى بالحق فذلك في الجنة»(١). هكذا رواه ابن المنذر.

وروى أبو داود عن بريدة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «القضاة ثلاثة؛ واحدٌ [٥٩/أ] في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار عنه، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»(٢). وفي هذا الخبر دليل على أن كل مجتهد لا يكون مصيباً، بل الحق في واحدٍ؛ لأنه لو لم يكن هكذا لم يكن للتقسيم معنى على هذا الوجه.

وأيضاً روى عمرو بن العاص وأبو هريرة ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «إذا قضى القاضي فأصاب كان له عشرة أجورٍ، وإن أخطأ كان له أجرٌ أو أجران»(٣).

وروي أن رجلين اختصما إلى عمرو بن العاص ـ رضي الله عنه ـ فقضى بينهما، فسخط المقضي عليه، فأتى رسول الله ﷺ فأخبره، فقال: «إذا قضى واجتهد كان له عشرة أجور، وإذا اجتهد فأخطأ كان له أجر أو أجران».

واعلم أن المخطىء إنما يؤجر به على اجتهاده في طلب الحق؛ لأن اجتهاده عبادة

---

(١) أخرجه الترمذي (١٨٣، ١٣٢٢)، والطبراني في «الكبير» (٢/ ٥)، والحاكم (٤/ ٩٠).
(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٧٣)، وابن ماجه (٢٣١٥)، والبيهقي في «معرفة السنن» (١٣٢٢).
(٣) أخرجه البخاري (٧٣٥٢)، ومسلم (١٧١٦).

ولا يؤجر على الخطأ، بل يوضع عنه الإثم فقط، وهذا إذا كان جامعاً لآلة الاجتهاد، عارفاً بالأصول، عالماً بوجوه القياس.

وأيضاً روى أبو البحتري عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، فقلت: يا رسول الله، تبعثني وأنا شاب أقضي بينهم ولا أدري ما القضاء؟ قال: فضرب في صدري وقال: «اللهم اهد قلبه، وثبت لسانه»، قال: فوالذي فلق الحبة ما شككت في قضاءٍ بين اثنين(١).

وروي أنه قال: «إن الله مثبت قلبك وهاد لسانك، فإذا حضر الخصمان إليك فلا تقضي لأحدهما حتى تسمع كلام الآخر، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، قال: فما أشكلت عليَّ قضية بعدها، وقدم منها على رسول الله ﷺ في حجة الوداع.

وروي أنه قال له: «إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك»(٢) فما شككت في قضاء بعد. وأيضاً روي أن رسول الله [٥٩/ب] ﷺ لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟» قال: أقضي بكتاب الله ـ عز وجل، قال: «فإن لم تجد في كتاب الله؟» قال: بسنة رسول الله. قال: «فإن لم تجد في سنة رسول الله؟» قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله»(٣).

وقوله: «أجتهد رأيي» أراد به الاجتهاد في رد القضية من طريق القياس إلى معنى الكتاب والسنة، ولم يرد به الرأي الذي يخطر بباله من غير أصل من كتابٍ أو سنةٍ، وفي هذا إثبات القياس، وأنه ليس للحاكم أن يقلد غيره. وقوله: «لا آلو» معناه لا أقصر في الاجتهاد، ولا أترك بلوغ الوسع منه.

وروت أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ قال: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له ما أسمع منه، فمن قضيت له حق أخيه شيئاً فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»(٤).

وقوله: «ألحن بحجته»: معناه أفطن بها، وألحن مفتوحة الحاءِ، ولحن الرجل في كلامه لحناً بسكون الحاء.

وروي أن عثمان قال لعبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهم ـ: اذهب واقض بين الناس، قال: أوتعفيني يا أمير المؤمنين، فإني أعزم عليك، قال: لا تعجل عليَّ، هل سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من عاذ بالله ـ عز وجل ـ فقد عاذ بمعاذٍ» قال: نعم،

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣١٠)، وابن أبي شيبة (١٠/ ١٧٦)، وابن سعد (٢/ ٢/ ١٠٠)، والبيهقي في «دلائل النبوة» (٥/ ٣٩٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٨١)، وأحمد (١/ ٨٣، ٨٤)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠١٥٤).

(٣) أخرجه أحمد (٥/ ٢٤٢)، وأبو داود (٣٥٩٢)، والترمذي (١٣٢٧)، والدارمي (١/ ٦٠)، وابن أبي شيبة (٧/ ٢٣٩)، والبيهقي في «معرفة السنن» (٥٨٦٧).

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٥٨)، ومسلم (١٧١٣).

فإني أعوذ بالله أن أكون قاضياً، قال: فما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضي؟ قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كان قاضياً فقضى بالجور كان من أهل النار، ومن كان قاضياً فقضى بالجهل كان من أهل النار، ومن كان قاضياً فقضى بالعدل فبالحري أن ينفلت كفافاً»(١) فما أرجو منه بعد ذلك.

وأيضاً روى أبو أيوب الأنصاري [٦٠/أ] ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «الله مع القاسم حين يقسم، ومع القاضي حين يقضي»(٢).

وروى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «إذا جلس القاضي للحكم بُعث إليه ملكين يسددانه، فإن عدل أقاما، وإن جار عرجا وتركاه»(٣).

وأيضاً روي أن النبي ﷺ استخلف عتاب بن أسيد على مكة بعد الفتح والياً وقاضياً، وقال: «انههم عن بيع ما لم يقبضوا، وربح ما لم يضمنوا».

وروي أنه ﷺ قلد دحية الكلبي قضاء ناحية. وأيضاً فقد قضى رسول الله ﷺ بين المتنازعين وحكم بين المتشاجرين على ما سنذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما الإجماع، فلأنه لا خلاف بين المسلمين فيه.

وقد حكم أبو بكر ـ رضي الله عنه ـ بين الناس، وبعث أنس بن مالك ـ رضي الله عنه ـ إلى البحرين قاضياً.

وقال علي ـ رضي الله عنه ـ: قَدَّمَ رسول الله ﷺ أبا بكر في مرضه لصلاة المسلمين، فلما توفي رسول الله ﷺ نظرنا فوجدناه أحق بالأمر فرضينا لدنيانا من رضيه رسول الله ﷺ لديننا، فبايعت أبا بكر، وكان لذلك أهلاً فأقام بين أظهرنا الكلمة واحدة والأمر واحد، لا يختلف عليه منا اثنان.

وروى الحسن عن علي ـ رضي الله عنهما ـ قال: لقد أمر النبي ﷺ أبا بكر أن يصليَ بالناس، فإني لشاهد ما أنا بغائبٍ ولا بي من مرض فنرضىٰ لدنيانا من رضي رسول الله ﷺ لديننا.

وحكم عمر ـ رضي الله عنه ـ بين الناس، وبعث أبا موسى الأشعري ـ رضي الله عنه ـ إلى البصرة قاضياً. وبعث ابن عباس [٦٠/ب] ـ رضي الله عنه ـ إلى البصرة قاضياً وناظراً.

وأيضاً فالقضاء أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، وقال الله عز وجل: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ﴾ الآية [آل عمران: ١١٠]، وأيضاً ففي أحكام الاجتهاد ما يكثر فيه الاختلاف، ولم تتعين هاتين المختلفتين فيه إلا بالحكم الفاصل والقضاء القاطع.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٢٢)، وأبو يعلى (٥٧٢٧)، وابن حبان (٥٠٣٤).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٤١٤)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٤٠).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠١٦٦).

فإذا تقرر هذا فالقضاء مأخوذ من إحكام الشيء والفراغ منه، قال الشاعر يرثي عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ:

قَضَيْتَ أُموراً ثم غادَرْت بعدَها بوائِجَ مِن أكْمَامِها لم تُفَتَّقِ[1]

أي أحكمت أموراً وأمضيتها، وخلفت بعدك دواهي خافية كامنة.

وقد يراد بالقضاء إمضاء الحكم، ومنه قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِي ٱلْكِتَٰبِ﴾ [الإسراء: ٤]، أي أمضينا وأنهينا.

وقيل للحاكم قاض لأنه يمضي الأحكام ويحكمها، وسمي حكماً لمنعه الظالم من الظلم، ومن ذلك سميت حكمة اللجام، لأنها تمنع الدابة عن ركوبها رأسها، وسميت الحكمة حكمة لمنعها الناس من هواهم.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن القضاء من فرائض الكفايات، فإذا قام به من يصح قضاؤه سقط فرضه عن الباقين، وإذا تركه الجميع ولم يقم به أحدٌ أثموا بتركه وكانوا تاركين للفرض لقوله ﷺ: «إن الله لا يقدس أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه»[2]. وروي أن النبي ﷺ قال: «لتأمرنَّ بالمعروف أو ليسلطن الله عليكم شراركم».

وأيضاً فإن نصب الإمام إذا كان واجباً كان نصب القاضي واجباً ولا فرق بينهما؛ لأنه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذلك فرض على الكفاية بالإجماع فكذلك [٦١/أ] القضاء.

فإن قيل: هذا الذي قلتموه مخالف للسنة؛ لأن أبا هريرة ـ رضي الله عنه ـ روى أن النبي ﷺ قال: «من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين»[3] وهذا يحتمل معنيين.

أحدهما: أن الذبح في العادة بالسكين فعدل به عن سنن العادة ليعلم أنه كان منه هلاك دينه دون هلاك بدنه.

والثاني: أن الذبح الموحى الذي فيه إراحة الذبيحة وخلاصها من طول الألم إنما يكون بالسكين؛ لأنه يمور في حلق المذبوح فيجهز عليه، وإذا ذبح بغير السكين كان ذبحه خنقاً وتعذيباً، فضرب به المثل ليكون أبلغ في الحذر من الوقوع فيه.

وروي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه خطب بذي قارٍ وعليه عمامة سوداء، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من قاضٍ ولا والٍ إلا يؤتى به يوم القيامة فيوقف على الصراط فينشر له شبرة، فإن كان عادلاً نجاه الله بعدله، وإن كان غير ذلك انتفض الصراط به انتفاضة فصار ما بين كل عضو من أعضائه مسيرة مائة عام، فلا يلقى جهنم

---

(١) البيت من الطويل، وهو للشماخ في ديوانه (ص٤٤٩)، لسان العرب (٢/٢١٨)، تهذيب اللغة (١١/٢٢١)، جمهرة اللغة (ص١٨١٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٤٠١٠)، وابن حبان (٥٠٣٦)، والطبراني في «الكبير» (٢٠/٣١٣).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٧١)، والترمذي (١٣٢٥)، والنسائي في «الكبرى» (٥٩٢٣، ٥٩٢٤، ٥٩٢٥)، وابن ماجه (٢٣٠٨)، والحاكم (٤/٩١).

إلا بحر وجهه وجبينه». وروي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت: «ويل للأمراء، ويل للأمناء، ليأتين على أحدهم يوم يود لو كان معلقاً بالثريا يتذبذب بين السماء والأرض وأنه لم يلِ أحداً»(١).

وروي أن رسول الله ﷺ قال لأبي ذر: «يا أبا ذر أحب لك ما أحب لنفسي، إني أراك ضعيفاً، فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم»(٢). وروى ابن أبي أوفى ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «الله مع القاضي ما لم يجر، فإذا جار بريء الله منه ولزمه الشيطان»(٣).

وروى أنس بن مالك ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «من ابتغى القضاء وسأل [٦١/ب] عنه الشفعاء، وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه أنزل الله ـ عز وجل ـ ملكاً يسدده»(٤).

وحكي أن أبا قلابة لما طلب للقضاء هرب فقيل له: لو وليت وقضيت بالحق، فقال: من يقع في البحر كيف يسبح(٥).

وحكي أن أبا هريرة ـ رضي الله عنه ـ أراد محمد بن واسع على القضاء، فقال: لتخليني أو لأضربنك ثلاثمائة سوط إن تفعل فسلط، وذليل الدنيا خير من ذليل الآخرة. وقال مكحول: لو خيرت بين القضاء والقتل لاخترت القتل.

وروي أن سفيان الثوري لقي شريك بن عبد الله ـ رحمة الله عليهما ـ بعد ما ولي القضاء بالكوفة، فقال: يا أبا عبد الله، بعد الإسلام والفقه والخير تلي القضاء وصرت قاضياً؟ فقال له شريك: يا أبا عبد الله، لا بد للناس من قاض، فقال له سفيان: يا أبا عبد الله، لا بد للناس من شرطي.

قلنا: أما الأول فلم يرد به تحريم القضاء ولا كراهة فعله، وإنما أراد به أن من جعل قاضياً فقد حمل أمراً عظيماً، وتحمل المشقة كما يتحمل بالذبح، فإن جار فيه هلك، وإن عدل فاز بالثواب العظيم والأجر الجسيم، ويدل عليه ما ذكرنا من الأخبار والآثار.

وقال ﷺ في خطبته: «أصحاب الجنة ثلاثة؛ ذو سلطان مقسط موفق، ورجل رحيم رقيق القلب، ورجل ضعيف فقير متصدق»(٦).

---

(١) أخرجه أبو يعلى، والطبراني في «الأوسط» وفيه عمر بن سعيد البصري، وهو ضعيف، انظر مجمع الزوائد (٥/ ١٩٩).

(٢) أخرجه مسلم (١٨٢٦)، وأبو داود (٢٨٦٨)، والنسائي (٦/ ٢٥٥)، وابن سعد (٤/ ١/ ١٧١)، والحاكم (٤/ ٩١)، والبيهقي (٣/ ١٢٩)، (٦/ ٢٨٣)، (١٠/ ٩٥).

(٣) أخرجه الترمذي (١٣٣٠)، وابن ماجه (١٣١٢)، وابن حبان (٥٠٦٢)، والحاكم (٤/ ٩٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠/ ١٣٤).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٧٨)، والترمذي (١٣٢٤)، والحاكم (٤/ ٩٢).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٣١).

(٦) أخرجه الحاكم (٤/ ٨٨)، والطبراني في «الكبير» (١٧/ ٣٦١).

وروى عبد الله بن عمرو بن العاص ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «المقسطون عند الله يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمٰن وكلتا يديه يمين، وهم الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما ولوا»(١).

وروى عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لا حسد إلا في اثنتين؛ رجل أتال الله مالاً فسلطه على هلكته في الخير، ورجل آتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها»(٢).

[٦٢/أ] وروى أبو سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «يوم من إمام عادلٍ أفضل من عبادة ستين سنةً، وحدٌ يقام في الأرض أزكى من مطر أربعين يوماً»(٣).

وروي أن النبي ﷺ قال: «سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله؛ إمام عادل. . . .»(٤) الخبر، فبدأ بذكر الإمام العادل.

وقال مسروق: لأن أقضي بعدل أو حق أحب إليَّ من أن أغزو في سبيل الله سنةً.

وقال الحسن البصري: كان يقال: لأجر حاكم يوماً أفضل من أجر رجلٍ يصلي في بيته سبعين سنةً.

وقال عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ: لأن أجلس فأقضي بين اثنين بحقٍ أحب إليَّ من عبادة سبعين سنةً.

وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه كتب في كتابه إلى أبي موسى الأشعري ـ رضي الله عنه: أن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصاً.

فدل هذا على أن القضاء أفضل العبادات وأقرب القرب إلى الله تعالى إذا عرف من نفسه القيام به وأداء حقوقه.

والأخبار الواردة في ذم من رغب فيه محمولة على من يشق عليه القيام به ويخاف أن لا يسلم فيه.

وقال أبو قلابة: ما وجدت مثل القاضي العالم الأمثل السابح وقع في بحرٍ كم عسى يسبح حتى يغرق.

وقال القاضي [٦٢/ب] الطبري: وحدثني بعض شيوخنا ببغداد أن أباه استصحبه في بعض أشغاله في باب الشام، فأراني دوراً مختومة فقال: هذه دور أبي علي بن خيران

---

(١) أخرجه مسلم (١٨٢٧).

(٢) أخرجه البخاري (٧٣، ١٤٠٩، ٧١٤١، ٧٣١٦)، ومسلم (٢٦٨/٨١٦).

(٣) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٣٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٦٦٤٩).

(٤) أخرجه البخاري (٦٦٠)، ومسلم (١٠٣١).

طلبه الوزير ابن الفرات ليوليه القضاء وقد هرب منه فختم داره، فقال لي: احفظ هذا حتى تحكيه.

فإذا تقرر هذا فالناس في القضاء على أربعة أضرب؛ ضرب يجب عليه أن يتولى القضاء، وضرب يستحب له ولا يجب عليه، وضرب يستحب له تركه ولا يستحب له فعله، وضرب يحرم عليه فعله والدخول فيه.

فأما من يجب عليه فرجل يكون من أهل الفقه والأمانة ولا يوجد في بلده من يصلح للقضاء غيره من أهله، فإنه يتعين عليه فرضه؛ لأن الفرض على الكفاية إذا لم يكن من يقوم به غيره أحد يتعين عليه كما نقول في الفتوى، وغسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم ونحو ذلك. ويجب على الإمام أن يعرضه عليه ويدعوه إلى الدخول فيه، فإن امتنع لم يحل له، وكان للإمام إجباره عليه.

ومن أصحابنا من قال: ليس له إجباره عليه لقوله ﷺ: «إنا لا نجبر على القضاء أحداً»(١)، ولأنه من فروض الكفايات، فإذا أجبرناه عليه جعلناه من فرائض الأعيان، وهذا ضعيف لا وجه له، والخبر محمول على ما لو كان هناك نص وفرائض الكفايات قد تتعين على ما ذكرنا، ولأنه إذا ألزمه فلا يحل له تركه ويجوز إجباره على فعل الفرض الذي يتعلق بحقوق المسلمين، ولأن من اضطر إلى طعامه وهو لا يحتاج إليه [٦٣/أ] أجبر على بذله، فإذا اضطر إلى منفعته أجبر على بذلها ولا فرق بينهما.

فرع

إذا تعين عليه ما ذكرنا يجب عليه أن يمضي للإمام ويعرض نفسه عليه؛ لأنه بمنزلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا تعين عليه، فإن لم يفعل ذلك عصى وأثم. وقال في «الحاوي»(٢): لا يتعين طلب القضاء؛ لأن فرض التقليد على المولّي دون المولى.

فرع آخر

لو كان هناك جماعة بهذه الصفة وجب عليهم على طريق الكفاية، حتى يقوم به أحدهم فيسقط فرضه عن جماعتهم، فإن عرض الإمام القضاء على واحدٍ منهم هل يجبره على قبوله إذا امتنع؟ ينظر فإن امتنع لعذرٍ لم يجبره، وإن امتنع لغير عذرٍ هل يجبره عليه؟ وجهان

أحدهما: لا يجبره؛ لأنها نيابة كالوكالة، ولأنه إذا وجد غيره لم يتعين عليه فلا يجبره عليه.

والثاني: يجبره؛ لأنه دعاه إلى واجبٍ رأى تعيينه فيه، ولأنه مأمور بطاعته، فإن تركه على امتناعه يجوز أن تكون حال غيره مثل حاله فيقضي الأمر إذاً تعطيل القضاء بخلاف الوكالة.

---

(١) قال ابن حجر في «تلخيص الحبير»: لم أجده هكذا. انظر تلخيص الحبير (٢٥٦٢).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٩).

فرع آخر

لو استوى جماعة في شروط القضاء وفيهم طالبٌ وممسكٌ فالأولى أن يقلد الممسك دون الطالب؛ لأنه أرغب في السلامة، فإن عدل الإمام عن الممسك إلى الطالب جاز وصح تقليده.

فرع آخر

إذا تكاملت الشروط في جماعةٍ فالأولى بالإمام أن يقلد أفضلهم، فإن عدل إلى المفضول انعقدت ولايته.

فرع آخر

لو تكاملت شروط الإمامة في جماعةٍ وجب على أهل الاختيار أن يقلدوا أفضلهم، فإن عدلوا إلى المفضول، قال جمهور العلماء: يجوز كما قلنا في القضاء. وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز، والفرق أن القضاء نيابة خاصة فجاز أن يعمل على اختيار المستنيب، والإمامة ولاية عامة فلم يصح فيها تفريط أهل الاختيار لافتياتهم على غيرهم.

فرع آخر

[٦٣/ب] إذا تكاملت في واحدٍ دون غيره لا يصير بتفرده في عصره والياً يوَلّىٰ ولو تكاملت شروط الإمامة في واحد منفرد بشروطها قال أكثر الفقهاء: لا تنعقد إمامته إلا بعقد أهل الاختيار كولاية القضاء. وقال فقهاء العراق وبعض المتكلمين: تنعقد إمامته من غير عقدٍ؛ لأن عقد أهل الاختيار إنما يراد لتمييز المستحق، فإذا تميز بصفته استغنى عن عقدهم ويفارق القضاء؛ لأنه نيابة خاصة يجوز صرفه عنها مع بقائه على صفته فافتقرت إلى عاقدٍ، والإمامة ولاية عامة لا يجوز أن يصرف عنها مع بقائه على صفته فلم تفتقر إلى عاقدٍ.

ومن الفقهاء من سوى بين الإمامة والقضاء، وجعل ولاية القضاء فيمن تفرد بشروطه منعقدة من غير عاقد كالإمامة وهذا أدب، والأصح التسوية بينهما في البطلان؛ لأن الولايات عقود فافتقرت إلى عاقد.

وأما الضرب الثاني من يستحب له ولا يجب عليه: فرجل من أهل العفة والأمانة والاجتهاد، وفي البلد مثله جماعة إلا أنه فقير لا كفاية له، فيتولى القضاء ليأخذ الرزق. وكذلك إذا كان له كفاية ولكنه خامل الذكر لا يعرف، فيريد القضاء ليعرف فينفع بعلمه فيستحب له طلبه والدخول فيه.

فإن قيل: أليس قال ﷺ لعبد الرحمٰن بن سمرة: «لا تسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها»[1].

---

(١) أخرجه البخاري (٧١٤٦)، ومسلم (١٣/ ١٦٥٢)، والترمذي (١٥٢٩).

وروى أبو موسى الأشعري ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لا أستعمل ـ أو لا يُستعمل ـ على عملنا من أراده»(١).

قيل: قال الفقهاء: الأولى أن يطلب ذلك ولا يتعرض له حتى يُساق إليه من غير طلبه لهذا الخبر، ويستحب له أن يجيب إليه إذا كان مطلوباً، وهذا لأن الطلب تكلف والإجابة معونة. وقال [٦٤/أ] بعض أصحابنا: يكره له الطلب بكل حالٍ، ولكن تستحب له الإجابة إذا كان مطلوباً، ذكره في «الحاوي»(٢).

وقال القاضي الطبري: تأويل الخبر عندي إذا أسرع الطلب من غير أن يقف الإمام على حاله، فهذا يكره حتى يستبحث الإمام عمن يستحقه ويصلح له فيوليه، ولا يفوت عليه رأيه بالإطماع في الطلب هذا المنع على هذا الوجه، فأما إذا علم الإمام حاله ورآه موضعاً للقضاء يكره له طلبه، بل يستحب له على ما ذكرته والله أعلم.

وهكذا إذا كانت الحقوق مُضاعة لجور أو عجزٍ والأحكام فاسدةً بجهلٍ أو هوى، فقصد بطلبه حفظ الحقوق وحراسة الأحكام، يستحب له طلبه ولا شك في هذا؛ لأنه يقصد أمراً بمعروفٍ ونهياً عن منكر، ويستحق به الأجر من الله تعالى.

قال أصحابنا: وقد أخبر الله تعالى عن يوسف ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه طلب فقال: ﴿ٱجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾ [يوسف: ٥٥]، وإنما طلب على المعنى الذي ذكرنا شفقة على المسلمين لا منفعة للمسلمين.

وأما الضرب الثالث الذي لا يستحب له فعله ويستحب له تركه: فهو أن يكون رجلاً من أهل العفة والأمانة تقياً معروفاً بالعلم، يرجع إليه في الفتوى، فالأولى له الاشتغال بتعليم العلم والفتيا، ويترك طلب القضاء لما فيه من الضرر والخطر، وعلى هذا يحمل امتناع من امتنع من تقلد القضاء من الصحابة والتابعين، وقد قال تعالىٰ: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ﴾ الآية [الأحزاب: ٧٢].

وأما الضرب الرابع الذي يحرم عليه القضاء: فهو أن يكون جاهلاً بالحكم أو فاسقاً، فلا يحل لهما أن يتوليا القضاء، وإن ولاهما لا تصح أحكامهما ولم تنفذ قضاياهما.

وقال في «الحاوي»(٣): والطلبة خمسة؛ مستحب، ومحظور، ومباح، ومكروه، ومختلف فيه:

فأما المستحب: [٦٤/ب] فأن تكون الحقوق مضاعة على ما ذكرنا.

وأما المحظور: فأن يقصد بطلبه انتقاماً من أعدائه أو تكسباً بارتشاء فيأثم به.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٩٢٣)، ومسلم (١٥/ ١٧٣٣)، وأبو داود (٣٥٧٩)، وأحمد في المسند (٤/ ٤٠٦).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٢). (٣) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٠/ ١١).

وأما المباح: فأن يطلب لاستمداد رزقه أو لاستدفاع الضرر به فهو مباح؛ لأن المقصود به مباحٌ.

وأما المكروه: فأن يطلب المباهاة والاستعلاء، قال الله تعالى: ﴿تِلْكَ ٱلدَّارُ ٱلْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِى ٱلْأَرْضِ﴾ الآية [القصص: ٨٣].

وأما المختلف فيه: فأن يطلبه رغبة في الولاية. والنظر فيه ثلاثة أوجهٍ للسلف ولأصحابنا: **أحدها**: يكره أن يكون طالباً ويكره أن يجيب إليه مطلوباً، وهو ظاهر قول ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ ومكحول وأبي قلابة ومن يخشى من الفقهاء، وطلب السلامة لما ذكرنا من أخبار النهي.

والثاني: يستحب أن يكون طالباً وأن يجيب إليه إذا كان مطلوباً، وهو ظاهر قول عمر ـ رضي الله عنه ـ والحسن، ومسروق ومن يُساهل من الفقهاء وقال: إن التعاون على البر والتقوى لما روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «من طلب القضاء حتى يُنال، فإن غلب عدله جوره فله الجنة، وإن غلب جوره عدله فله النار»(١)، ولأنه فرض لا يؤدى إلا بالتعاون، والله تعالى يقول: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ الآية [المائدة: ٢].

والثالث: وهو أعدلها يكره أن يكون طالباً ويستحب أن يجيب إليه مطلوباً، وهو قول أكثر المتوسطين في الأمور من الفقهاء، وهذا كله حسن.

فرع آخر(٢)

لو بذل على طلب القضاء مالاً، فإن كان واجباً متعيناً عليه أو مستحباً له ليزيل جور غيره فبذله على هذا الطلب مستحب له، وقبوله محظور على القابل له. وإن كان طلبه محظوراً فبذله على هذا الطلب محظور، وإن كان طلبه مكروهاً فبذله على هذا الطلب مكروه فيخلف الحكم بحال الطلب لامتزاجهما، فقبوله أشد حظوراً وتحريماً. [٦٥/أ] وإن كان طلبه مُباحاً فيعتبر البذل، فإن كان بعد التقليد لم يحرم على الباذل وحرم على القابل؛ لقوله ﷺ: «هدايا الأمراء غلول»(٣). وإن كان البذل قبل التقليد حرم على الباذل والقابل جميعاً؛ لأنها من الرشى المحظورة على باذلها وقابلها لرواية أنس ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لعن الله الراشي والرائش والمرتشي»(٤). فالراشي: باذل الرشوة، والمرتشي: قابلها، والرائش: المتوسط بينهما. وقال عبد الله بن عمرو:

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٢٢٠)، وأبو داود (٣٥٧٨)، والحاكم (٤/ ٩٢).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٢).

(٣) أخرجه ابن عبد البر في «التمهيد» (٢/ ٩)، وابن عدي في «الكامل» (١/ ١٧٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٧٤).

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ٣٨٧، ٣٨٨)، والحاكم (٤/ ١٠٣).

«لعن رسول الله الراشي والمرتشي»[(١)].

وإنما تلحقهم العقوبة معاً إذا استووا في القصد، وهو أن يرتشوا لينال به باطلاً ويتوصل به إلى ظلم، فأما إذا أعطى ليتوصل به إلى حق أو يرفع عن نفسه ظلماً، فإنه غير داخل في الوعيد.

وقد روى ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أنه أخذ في شيء وهو بأرض الحبشة، فأعطى دينارين حتى خلى سبيله[(٢)].

وقال الحسن البصري، وجابر بن زيد وعطاء: لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه وماله إذا خاف الظلم.

فرع آخر

إذا حرمنا عليه بذل المال فبذل وقلده، فإن قال: قلدتك بهذا المال لا يصح التقليد، وإن قال: قلدتك القضاء مطلقاً فالتقليد صحيح، وإن تقدم بسببٍ هو معصية كالبيع إذا تقدمه شرط فاسد، وقيل: لا يصح التقليد؛ لأنه صار به فاسقاً فلا ينفذ حكمه حتى يتوب ثم يولي.

فرع آخر

يجب على الإمام تقليد القضاء، وهو فرض متعين عليه لدخوله في عموم ولايته، ولأن التقليد لا يصح إلا من جهته، ولا يجوز أن يتوقف حتى يسأله؛ لأنه من الحقوق المسترعاة.

فرع آخر

القاضي في إقليم من الأقاليم إذا عجز عن النظر في جميع النواحي يلزمه تقليد القضاء فيما عجز عن مباشرة النظر فيه، فإن بعد عن الإمام تعين [٦٥/ ب] فرض التقليد على القاضي، وإن قرب منه كان فرض التقليد مشتركاً بين القاضي وبين الإمام ويتعين عليهما دون غيرهما، فأيهما تفرد بالتقليد سقط فرضه عنهما، فإن تفرد القاضي فيه بالتقليد كان فيه على عموم ولايته، وإن تفرد الإمام بالتقليد كان عزلاً للقاضي عنه، إلا أن يصرح في التقليد باستنابته عنه فيكون باقياً على ولايته.

فرع آخر

يجوز للإمام أن يعزل من قلده القاضي، ولا يجوز للقاضي أن يعزل من قلده الإمام إلا أن يكون مستناباً عنه، ففي جواز تفرد القاضي بعزله وجهان:

أحدهما: يجوز كما لو كان هو المستنيب. **والثاني**: لا يجوز لافتياته على الإمام في

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٠)، والترمذي (١٣٣٦، ١٣٣٧)، وابن ماجه (١٥٧٤، ١٥٧٥)، وأحمد (٢/ ١٤٦، ١٩٠، ١٩٤)، وابن حبان (١١٩٦)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٧٨).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٨٢).

اختياره. ذكره في «الحاوي»[(١)].

فرع آخر

لو خلا بلد عن قاض فقلد أهل البلد قاضياً بينهم كان باطلاً إن كان في العصر إمام لافتياتهم عليه فيما هو أحق به، ولم يجز أن ينظر بينهم ملزماً، فإن نظر بطلت أحكامه وصار بها مجروحاً، ويجوز أن ينظر بينهم متوسطاً مع التراضي، والأولى أن يعتزل عن الوسطة بينهم لئلا يشتبه بذوي الولايات الصحيحة ولما تقدم من التقليد.

وإن خلا العصر من إمام، فإن كان يرجى أن يتجدد لإمام نظر في زمانٍ قريب كان تقليد القاضي باطلاً، وإن لم يرج فإن أمكنهم أن يتحاكموا إلىٰ قاضي أقرب البلاد إليهم كان تقليدهم للقاضي باطلاً، وإن لم يمكنهم التحاكم إلى غيره نُظر، فإن لم يمكنهم أن ينصروه على تنفيذ أحكامه كان باطلاً أيضاً لقصورهم عن قوة الولاية، وإن أمكنهم نصره وتقوية يده كان تقليده جائزاً حتى لا يتغالبوا على الحقوق إذا اجتمع على تقليده جميع أهل الاختيار منهم.

فرع آخر

لا يعتبر [٦٦/أ] في تقليد الإمام اجتماع أهل الاختيار كلهم بخلاف القضاء في المسألة التي ذكرناها، والفرق أن ولاية الإمام عامة في جميع البلاد التي لا يمكن اجتماع أهلها على الاختيار سقط اعتبار اجتماعهم لتعذره، وولاية القاضي خاصة على بلدٍ واحدٍ يمكن اجتماع أهل الاختيار عليه، فلزم اعتبار اجتماعهم لإمكانه.

فرع آخر

لو قلده القضاء بعض أهل الاختيار منهم نظر في باقيهم، فإن ظهر منهم الرضا بالسكوت وعدم الاختلاف صح التقليد، وصار بالرضا كالمجتمعين عليه؛ لأنه يمكن أن يباشر جميعهم، وإن ظهر منهم الإنكار بطل التقليد لعدم شرطه في الإجماع.

فرع آخر

لو كان للبلد جانبان فرض بتقليد أحد الجانبين دون الآخر صح تقليده في الجانب المرتضى فيه دون الجانب الآخر؛ لأن تميز الجانبين كتميز البلدين.

فرع آخر

إذا صحت ولايته في هذه المسألة نفذت أحكامه طوعاً وقصراً لانعقاد ولايته، فإن تجدد بعده إمامٌ لم ينقض له حكماً نفذ على الصحة وله عزله وإقراره، ولم يجز للقاضي أن يستأنف النظر إليه بعد إذنه، ولو كان تقليده عن إمام لم يلزمه الاستئذان، والفرق وجود الضرورة في تقليد أهل الاختيار وعدم الضرورة في تقليد الإمام.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/٨).

فرع آخر

هذا القاضي في هذه المسألة يكتفي بإذن الإمام عن تجديد تقليد ويقوم الإذن له مقام التقليد، وإن لم يجز الاقتصار على الإذن في الولايات المستحدثة؛ لأنه تقدم لهذا القاضي شروط التقليد، فكان حكمه أخف، ذكره في «الحاوي»(١).

فرع آخر

قال الشافعي ـ رضي الله ـ عنه في «أدب القضاء»: «ولو أن القاضي والقاسم والكاتب للقاضي وصاحب الديوان [٦٦/ب] وصاحب بيت المال والمأذونين لم يأخذوا جعلاً وعملوا محتسبين كان أحبَّ إليَّ، وإن أخذوا جعلاً لم يحرم عليهم عندي، وبعضهم أعذر بالجعل من بعضٍ، وما منهم من أحدٍ كان أحبَّ إليَّ أن ترك الجعل من المؤذن».

ثم قال: «ولا بأس أن يأخذ الجعل على أن يكيل للناس ويزن لهم ويعلمهم القرآن والنحو، وما يتأدبوا به من الشعر مما ليس فيه مكروه».

قال أصحابنا: إنما استحب الشافعي ترك الجعل لمن له كفاية يرجع إليها ويكتفي بها؛ لأن من الناس من قال: لا يجوز ذلك، فاستحب الخروج من الخلاف. فأما من له كفاية يرجع إليها فالمستحب أن لا يأخذ الرزق وبرر على ما يحتاج إليه فيما يلتبس به في أمر القضاء والحكم، إلا أن أبا بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ أخذ في كل يوم درهمين من بيت المال، وروي أنه لما ولي الخلافة خرج برزمةٍ إلى السوق، فقيل له: ما هذا؟ فقال: أنا كاسب أهلي، فاجتمعت الصحابة وقدَّروا له درهمين في كل يوم.

وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: أنزلت نفسي من هذا المال منزلة والي اليتيم، ومن كان غنياً فليستعفف، ومن كان فقيراً فليأخذ بالمعروف.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من استعملناه منكم على عملٍ ممن لم يكن له امرأة فليتزوج امرأة، ومن لم يكن له خادم فليتخذ خادماً، ومن لم يكن له مسكن فليتخذ مسكناً».

وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه بعث إلى الكوفة ثلاثة نفر؛ عبد الله بن مسعود قاضياً، وعمار بن ياسر أميراً، وعثمان بن حنيف ماسحاً، وجعل لهم كل يومٍ شاةً، نصفها مع السواقط لعمارٍ، والنصف الآخر بين عبد الله بن مسعود وبين عثمان بن حنيف.

وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه رزق شريحاً [٦٧/أ] كل شهر مائة درهم، فلما أفضت الخلافة إلى علي ـ رضي الله عنه ـ جعل رزقه كل سنةٍ خمسمائة درهم.

وروي أن عمر بن عبد العزيز بعث يزيد بن أبي مالكٍ، والحارث بن محمد في أمرٍ

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٩).

من أمور المسلمين وفرض لهم رزقاً، فقبل يزيد بن أبي مالك ولم يقبل الحارث، فقال عمر بن عبد العزيز ما نعلم بما فعل يزيد بأساً، وأكثر الله فينا مثل الحارث.

وأيضاً فإن الله تعالى فرض للعاملين على الصدقات سهماً وجعل لهم حقاً لسعيهم فيها وقيامهم بها، فالقاضي بذلك أولى، ولأن خمس الخمس لمصالح المسلمين وهذا من أهم المصالح أو مثل أهمها فوجب أن يصرف إليه.

فإن قيل: أليس روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً؟ قلنا: أراد به إذا كان مستغنياً عنه فالأولى له ذلك، أو أراد به أخذ ذلك من غير بيت المال.

ومن أصحابنا من قال: إذا كان له كفاية يكره له أخذ الرزق عليه وإذا لم يتعين عليه فرض القضاء، فإن تعين عليه فرضه وكان مكفياً لم يجز له أخذ الرزق من بيت المال؛ لأنه فرض متعين عليه، ولا يجوز أن يأخذ في مقابلته عوضاً. وإن كان فقيراً وإذا اشتغل بالقضاء بطل كسبه وجب أن يرزق؛ لأنه لا يلزمه تضييع حق نفسه بمراعاة حق غيره.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه يجب على الإمام أن يبعث القضاة إلى البلدان، ولا يكلفون السير في خصوماتهم إلى بلد الإمام لما ذكرنا أنه ﷺ بعث القضاة إلى البلاد، ولا بد أن يكون الإمام عالماً بتكامل شروط القضاء في المولي ليقع العقد صحيحاً بعد معرفته به، فإن كان رجلاً قد عرفه ووقف على معرفته وعلمه لا يحتاج إلى السؤال والبحث عنه وعن حاله، وإن لم يكن عرف حاله يجمع بينه وبين أهل العلم [٦٧/ب] حتى يقف على مقدار علمه، ثم يسأل عنه من يعرفه من جيرانه والمختلطين به، فإذا ثبتت عدالته وعلمه ولاه القضاء.

وقال الإصطخري: يحضر عنده الموافقين والمخالفين، ويأمرهم بالمناظرة بين يديه حتى يعرفه من أهل الاجتهاد، فإذا عرفه سأل عنه في الباطن، ثم ولاه بعد ذلك، وهذا قريب كما ذكرنا.

فرع آخر

إذا استفاض الخبر بحاله كانت الاستفاضة آكد من الشهادة ولا يحتاج معها إلى الأخبار، وإن لم يستفض به الخبر جاز أن يقتصر منها على شهادة عدلين بتكامل شروط القضاء فيه، ويختبره ليتحقق باختباره صحة معرفته، وهذا الاختبار بعد شهادة عدلين هل يكون واجباً أو مستحباً؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه استحباب يستظهر به، لأن صحة الشهادة يوجب العمل بها.

والثاني: أنه واجب لجواز أن يطرأ عليه نسيان أو اختلال.

فإن لم يشهد بتكامل صفاته شاهدان لزم اختباره قبل تقليده على ما ذكرنا، وهذا لأن

النبي ﷺ اختبر معاذ ـ رضي الله عنه ـ حين قلده قضاء اليمن، ولم يختبر عليًّا ـ رضي الله عنه ـ عند تقليده؛ لأنه أخبر منه بمعاذٍ ـ رضي الله عنهما[1] ـ.

فرع آخر

إذا قلده وهو لا يعلم تكامل الشروط فيه ثم علمها كان التقليد باطلاً حتى يستأنفه بعد العلم بتكاملها لوقوع التقليد مع الشك فيه.

فرع آخر

صفة العقد معتبرٌ باللفظ مع الحضور، وبالمكاتبة مع الغيبة للضرورة، ولا يجوز أن يقتصر على المكاتبة مع الحضور لارتفاع الضرورة.

فرع آخر

لفظ العقد يشتمل على صريح وكناية ومختلف فيه، فالصريح أربعة ألفاظٍ، قلدتك القضاء، ووليتك القضاء، واستخلفتك على القضاء، أو استنبتك على القضاء.

[٦٨/أ] وأما الكناية فأربعة ألفاظٍ؛ قد اعتمدت عليك في القضاء، أو عولت عليك، أو عهدت إليك بالقضاء، أو وكلت إليك القضاء، فلا ينعقد لاحتمالها مالم يقترن بها ما يزول به الاحتمال، بأن يقول: فاحكم، أو يقول: فانظر فتكون الكناية كالصريح.

فأما المختلف فيه فأربعة ألفاظٍ؛ قد فوضت إليك القضاء، أو رددت إليك القضاء، أو أسندت إليك القضاء وفيهما وجهان؛ **أحدهما**: أنه صريح في التقليد.

والثاني: أنها كناية وهو الأصح.

فرع آخر

يفتقر عقد التقليد إلى شيئين؛ **أحدهما**: ذكر البلد الذي تقلده.

والثاني: صفة الحكم من عموم وخصوص، فإن أطلق كان على العموم في المنازعات وعلى الخصوص في الولايات.

فرع آخر

تمام العقد معتبر بقبول المولى، فإن كان حاضراً كان قبوله بالقول على الفور، فيقول: قد قبلت، أو تقلدت، وإن كان غائباً جاز أن يكون قبوله على التراخي.

فرع آخر

صحة القبول تفتقر إلى شرطين: **أحدهما**: أن يعلم المولي أن المولى مستحق للولاية التي استنابه فيها، فإن لم يعلم لا يصح قبوله.

والثاني: أن يعلم المولى من نفسه أنه مستكمل للشروط المعتبرة في القضاء، فإن علم خلافه لم يصح قبوله، وكان بالقبول مجروحاً.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٢٠).

فرع آخر

لو شرع في النظر قبل القبول، فهل يكون شروعه فيه قبولاً؟ وجهان: **أحدهما**: يكون قبولاً فتنفذ أحكامه.

والثاني: لا يكون قبولاً حتى يصرح بالقبول نطقاً وتكون أحكامه مردودة قبله، وهذا لأن الشروع في النظر فرع لعقد الولاية فلم ينعقد به قبولها.

فرع آخر

إذا ولاه القضاء [٦٨/ب] على البلد كتب له بالعهد بما ولي؛ لأن النبي ﷺ كتب العهد لعمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن، وكتب أبو بكر الصديق لأنسٍ ـ رضي الله عنهما ـ العهد إلى البحرين وختمه بخاتم رسول الله ﷺ.

وروى جابر بن مضربٍ أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كتب إلى أهل الكوفة: أما بعد فإني بعثت إليكم عماراً أميراً، وعبد الله بن مسعود قاضياً ووزيراً فاسمعوا لهما وأطيعوا فقد آثرتكم بهما.

ولا يشترط كتب العهد في صحة التقليد؛ لأن النبي ﷺ لم يكتب العهد لمعاذ بن جبلٍ ـ رضي الله عنه ـ فاقتصر على وصيته، وإنما يراد العهد ليكون شاهداً بما تضمنه من صفات التقليد وشروطه.

فرع آخر

إذا كتب العهد يأمره بتقوى الله تعالى، والتثبت في القضاء، ومشاورة أهل العلم، وتصفح أحوال الشهود وتأمل الشهادات، وتعاهد اليتامى وحفظ أموالهم، ومراعاة الأوقاف، وغير ذلك مما يحتاج إلى مراعاته.

وقد روي عن إدريس الأودي أنه قال: أخرج إلينا سعد بن أبي بردة كتاباً، فقال: هذا كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى: أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، الفهم الفهم، إذا آوى إليك أمر بين الناس ووجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يخاف ضعيف من جورك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين الناس إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس أن تراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مالم يبلغك من القرآن، فتعرف الأمثال في الأشباه، ثم قس [٦٩/أ] الأمور عند ذلك واعتمد إلى أحبها إلى الله تعالى وأشبهها، فما ترى اجعل للمدعي أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بينة وإلا وجهت عليه القضاء، فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر، والمسلمون عدول بعضهم على بعضٍ إلا مجلوداً في حدٍ، أو مجرباً بشهادة الزور، أو ظنيناً في ولاءٍ أو قرابةٍ، فإن الله تولى منكم السرائر ودرأ عنكم الشبهات. ثم إياك والضجر والقلق والتأذي بالناس، والتنكر بالخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر

ويكسب بها الذخر، وأنه من يصلح سريرته فيما بينه وبين ربه أصلح الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غير ذلك يشنه الله فما ظنك بثواب الله تعالى في عاجل الدنيا وخزائن رحمته والسلام(١).

فرع آخر

إذا كتب له العهد نظر، فإن كان البلد الذي ولاه إياه بعيداً لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام، أحضر شاهدين عدلين وقرأ عليهما العهد أو قرأه غيره بحضرته، وأشهدهما على توليته ليمضيا معه إلى بلد ولايته يقيما له الشهادة عند أهله ويقول لهما: أشهدا عليَّ أن قد وليت قضاء البلد الفلاني وتقدمت إليه بما يشتمل العهد عليه، وإن كان البلد قريباً من بلد الإمام كواسط من بغداد والكوفة منها ونحو ذلك، فهل تثبت ولايته عند أهل البلد باستفاضة الخبر دون الشهادة؟ وجهان:

أحدهما: وهو اختيار الإصطخري يثبت بذلك؛ لأنها أوكد من شهادة شاهدين.

والثاني: لا يثبت بذلك وهو اختيار أبي إسحاق؛ لأن الشهادة أخص، ولأنه عقد لا يقبل فيه الاستفاضة كالإجارة والوكالة.

وقيل: أصل هذا الاختلاف في النكاح والوقف والعتق هل يثبت بالاستفاضة؟ فيه وجهان؛ فإذا ثبت [٦٩/ب] بالاستفاضة يلزم الرعايا الانقياد له والطاعة، وإذا قلنا لا يثبت بها لا يلزمهم الطاعة.

فرع آخر

إذا قرأ الإمام العهد على الشاهدين بنفسه لا يحتاج الشاهد إلى أن ينظر في الكتاب، فإن الإمام قد ثبتت أمانته، وإن قرأ غيره بحضرته نظر الشاهدان فيه ليعلما أن الأمر على ما قرأه القارىء من غير زيادة ولا نقصان.

فرع آخر

إذا شهد شاهدان بالتقليد والعهد، والذي تضمنه الولاية، فإن عرف أهل البلد عدالتهما لزمتهم الطاعة، وإن لم يعرفوا عدالتهما لم يلزمهم الطاعة حتى يكشفوا عن الطاعة.

فرع آخر

لو لم يشهد بها شاهدان وورد القاضي المولي فأخبرهم بولايته لم تلزمهم الطاعة إن لم يصدقوه، وإن صدقوه هل تلزمهم طاعته؟ فيه وجهان:

أحدهما: تلزمهم؛ لأنهم اعترفوا بحق عليهم.

والثاني: لا يلزمهم؛ لأنه يتضمن إقرارهم على المولى.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٣٤٧).

فرع آخر

لا يلزم عقد القضاء في حق المَوَلي والمولَى؛ لأنه في حقهما من العقود الجائزة؛ لأنها استنابة كالوكالة، ويجوز للمولي أن يعزله إذا شاء، والأولى أن لا يعزله إلا من عذرٍ، وأن لا يعزل المولى نفسه إلا لعذرٍ.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو عزله الإمام من غير عذرٍ هل ينعزل؟ وجهان.

فرع آخر

إذا كان العزل من المولى أشاعه حتى لا ينظر المولى بعد، فإن نظر قبل علمه بالعزل ففي نفوذ أحكامه وجهان كما قلنا في الموكل بالتصرفات هل ينعزل بعزله قبله علمه فيه؟ ومن أصحابنا من قال هنا قولاً واحداً لا ينعزل مالم يعلم؛ لأن القضاء آكد من الوكالة.

وقيل: ينعزل من وقت العزل قولاً واحداً للاحتياط فيه، والصحيح الطريقة الأولى، وإن كان العزل من المولى شَاعَه ليقلد المولى غيره، فإن حكم بعد رد حكمه بلا خلافٍ.

فرع آخر

التقليد [٧٠/أ] لازم في حق أهل العمل من الرعايا، فيلزمهم التزام الحكم وإظهار الطاعة، فإن امتنعوا من التزامه لعذرٍ أوضحوه، وإن كان بغير عذرٍ أُرهبوا، فإن أقاموا على الامتناع حوربوا؛ لأن التزام القضاء من الفروض.

فرع آخر

قال الإمام جدي: إذا أنكر القاضي كونه قاضياً صار معزولاً، كما لو أنكر الوكيل الوكالة؛ لأن الإنكار أبلغ من عزله نفسه، وفيه وجه ضعيف لا يصير معزولاً.

فرع آخر

إذا صحت توليته وأراد الخروج إلى بلد القضاء دعا من بحضرته من أهل ذلك البلد وسألهم من العدول والأمناء والعلماء الذين فيه، ومن يتولى أموال اليتامى وغيرها من الأموال، فإن لم يكن بحضرته أحد سأل في طريقه حتى يقف على حقيقته ويدخل على علم بحال البلد.

فرع آخر

إذا بلغ البلد فالمستحب أن يدخلها بسوادٍ؛ لأن النبي ﷺ دخل مكة وعلى رأسه عمامة سوداء، ولأنه أهيب له.

فرع آخر

قال أصحابنا: يستحب أن يدخل البلد يوم الاثنين؛ لأن النبي ﷺ دخل المدينة يوم الاثنين.

فرع آخر

إذا دخل البلد، فإن شاء قصد أوسع موضع في البلد من جامع أو رحبة مسجد أو غيرها، ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد، فإن كان معه شهود شهدوا بما في الكتاب، وإن شاء نزل في منزلٍ ثم أمر منادياً: ألا إن فلان ابن فلان قد ورد قاضياً في يوم كذا، ويريد أن يخرج إلى موضع كذا في يوم كذا لقراءة عهده، فمن أحب أن يحضر فليحضر إن شاء الله. فإن كان بلداً كبيراً أمر بالنداء يومين أو ثلاثة، وإن كان صغيراً أمر بالنداء يوماً واحداً.

فرع آخر

قال في «الأم»: «وينزل متوسط المصر» وإنما قال ذلك ليكون قريباً إلى الجميع، فإنه إذا نزل في طرفٍ بعد قصده عن قوم وقرب على آخرين، [٧٠/ب] ثم بدأ واستحضر الناس وسألهم في الباطن عن الشهود والمزكى والأمناء، فمن خرج منهم فإنه لا يسأل عنه في العلانية، ومن عدل وأثنى عليه الخير سأل عنه في العلانية كما عدلوه في السر، وقد ثبتت عدالته، وإن جرحوه في العلانية فسقوا بذلك وسقط قولهم؛ لأنهم كذبوا أنفسهم وسأل عنه غيرهم، وإن كان قد بدأ وسألهم في العلانية فقد ترك المستحب، فإذا فعل ذلك فمن عدل سأل عنه في الباطن، فإن جرحوه وقالوا توقينا لسانه وشره في العلانية قُبل جرحهم ولا يفسقون بذلك.

وقال في «الحاوي»[1]: أول آدابه إذا ورد بلد عمله أن يعلمهم قبل دخوله بوروده قاضياً فيه، إما بكتابٍ أو رسولٍ ليعلم ما هم عليه من موافقةٍ واختلاف، فإن اتفقوا على طاعته دخل، وإن اتفقوا على مخالفته توقف واستطلع رأي الإمام.

والأولى أن يستصحب القاضي كتاب الإمام إلى أمير البلد بتقليده القضاء حتى يجمعهم على طاعته جبراً إن خالفوا، فإن وافقه بعضهم اعتبر الأكثر، فإن كان موافقوه أكثر عدداً من مخالفيه وأقوى يداً دخل، وإن كان مخالفوه أكثر توقف، وعلى الإمام رد مخالفيه إلى طاعته ولو بقتالهم حتى يذعنوا له بالطاعة، ويعينه فيما ينفذ أمره فيهم ويبسط يده عليهم ليقدر على الانتصاف من القوي للضعيف، ومن الشريف للمشروف، ثم ينادي في البلد بوروده إن اتسع الوقت ليعلم به الداني والقاصي، والخاص والعام، والصغير والكبير، فيكون أهيب في النفوس وأعظم في القلوب.

وإذا دخل يسكن وسط البلد على ما ذكرنا، ويحتاج أن يبدأ بقراءة عهده قبل نظره؛ ليعلم الناس ما تضمنه من حدود عمله [٧١/أ] ومن صفة ولايته في عموم وخصوص، ويجمع الناس لقراءته في أفسح بقاعه من جوامعه ومساجده؛ لأنه يتضمن طاعة الله تعالى، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. ثم ينظر بعد قراءته في حكومةٍ ولو بين

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٢٧).

خصمين لتستقر ولايته بالنظر، ويتواطأ الخصوم في الحكم، وليعلم الناس قدر صنعته في عمله.

قال: ثم أمرين يعتمدهما الخصوم في نظره: **أحدهما**: أن يجعل مجلس نظره من بُعدٍ معروف بالمكان مخصوصاً بالنظر والأحكام حتى لا يسألوا عنه أن يخفى عليهم ولا يعدلوا عنه إن نظر في غير أحكامهم.

والثاني: أن يكون زمان نظره معيناً عليه من الأيام ليتأهبوا فيه إلى التحاكم إليه، فإن كثرت المحاكمات لزمه النظر في كل يوم، ويكون وقت نظره من اليوم معروفاً ليكون باقيه مخصوصاً بالنظر في أمور المسلمين لَراحته ودعته، فإن قلت المحاكمات جعل يوم نظره في الأسبوع مخصوصاً بحسب الحاجة في يوم أو يومين أو ثلاثةٍ بقدر الحاجة حتى يستعد الناس للتحاكم فيه.

ويختار أن يكون أيام نظره من الأسبوع يوم السبت ويوم الاثنين ويوم الخميس، ولو تجدد في غير يوم النظر مالا يمكن تأخيره نظر فيه ولم يؤخره.

فرع آخر

إذا تصدى للحكم بعد استقرار ولايته وانقياد الناس لطاعته يبعث في الحال إلى الحاكم المعرف أن يدفع إليه ديوان الحكم، وهو حجج الخصوم من المحاضر والسجلات وكتب الوقف؛ لأن الحكام يستظهرون في حفظ الحقوق على أربابها بحفظ حججهم ووثائقهم في نسختين، فيسلم إلى المحكوم له إحداهما وتكون الأخرى في ديوانه يرجع إليها إذا احتاج ليكون على ثقةٍ مما في يده، وكان القاضي السابق [٧١/ب] أحق بإمساكها؛ لأن له نظراً وولاية، والآن قد زال ذلك، وصار النظر للثاني.

فرع آخر

إذا تسلمها واتسع له الزمان تصفحها وعمل بموجب ما تضمنها إذا دعته الحاجة إليه، ولا يحكم بما فيها إلا إذا شهد به شاهدان، ولا يحكم بخط القاضي قبله لاشتباه الخطوط وإمكان التزوير عليها.

فرع آخر

يجب على الإمام أن يسير أحوال البلاد في القضاء ويكشف عن أحوال القضاة فيها، فإذا علم أن في البلد قاضياً مستحقاً للنظر سقط عنه فرضه، وإذا علم أنه لا قاضي فيه، أو فيه من لا يستحق النظر وجب عليه أن يقلد فيه قاضياً، وكان ذلك عليه فرضاً متعيناً، وإن كان في البلد من يصلح للقضاء كان تقليده لمعرفته به وبأهله أولى من تقليد الغريب.

فرع آخر

لو قلد غير متعين فقال: من نظر من أهل البصرة في قضائها فهو مقلد من جهتي لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن ينظر من ليس بأهله، ولو قال: من علمائه لم يجز أيضاً؛ لأن المقلد منهم مجهول.

فرع آخر

لو قال: إن نظر في قضاء البصرة زيد قلدته لم يجز وإن نظر؛ لأنه عقد علق بشرطٍ.

فرع آخر

لو ذكر عدد أسماءهم وقلدهم ثم قال: فاتهم نظر فيه، فهو القاضي دون غيره صح التقليد في الناظر سواء قل العدد أو كثر؛ لأنه جعل نظره عدلاً لغيره ولم يجعله شرطاً في تقليده، ولو جعل جميعهم ناظرين فيه بطل تقليدهم إن كثروا، وهل يصح إن قلوا؟ فيه وجهان.

فرع آخر

لا يلزم في تقليد القضاء أن يكون مذهب المولى لمذهبه، فيجوز للشفعوي أن يقلد حنفياً، وللحنفي أن يقلد شفعوياً؛ لأن على القاضي أن يحكم بمذهبه لا بمذهب غيره.

فرع آخر

لو كان شفعوياً فأدى اجتهاده في قضيةٍ أن يحكم فيها بمذهب أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ جاز.

وقال بعض أصحابنا: [٧٢/أ] من اعترى إلى مذهب منع أن يحكم بمذهب غيره لتوجه التهمة إليه، وهذا وجه تقتضيه السياسة بعد استقرار المذاهب وتمييز أهلها، ولكن حكم الشرع لا يوجب؛ لأن الاجتهاد في كل طريق الاجتهاد، فإن من قضى في حكم باجتهاد ثم أراد أن يقضي من بعد لزمه إعادة الاجتهاد، فإن أداه إلى خلاف الأولَ كان كل واحدٍ من الحكمين ماضياً، وهذا لما روي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ حكم في مسألة المشركة بتشريك الإخوة من الأم والأب مع الإخوة من الأم في عام، ولم يشركهم معهم في عامٍ آخر. وقال: هذه على ما قضينا وتلك على ما مضينا.

فرع آخر

لو شرط المولى في عقد التقليد أن لا يحكم إلا بمذهب الشافعي رضي الله عنه، أو بمذهب أبي حنيفة رحمة الله عليه كان الشرط باطلاً سواء كان موافقاً لمذهب المولى أو مخالفاً؛ لأنه قد منعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد. وأما التقليد هل يصح؟ يعتبر بشرطه، فإن عدل به عن لفظ الشرط وأخرجه مخرج النهي فقال: لا يحكم بمذهب أبي حنيفة صح التقليد وإن بطل الشرط، وإن جعله بلفظ الشرط في العقد، فقال: قلدتك على أن تحكم بمذهب أبي حنيفة أن جعله أمراً، أو على أن لا تحكم بمذهب الشافعي أن جعله نهياً بطل التقليد لفساد الشرط؛ لأنه معقود على شرطٍ فاسدٍ.

وقال أهل العراق: لا يبطل التقليد، وإن بطل الشرط كما لو لم يخرج مخرج الشرط، وقد ذكرنا الفرق بينهما، فإن كان الشرط خاصاً في حكم بعينه فلا يخلو إما أن يكون أمراً أو نهياً، فإن كان أمراً فقال: قد من المسلم بالكافر كان أمره بهذا الشرط فاسداً، فإن تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد مع فساد الشرط، وإن قرنه بلفظ الشرط

بطل التقليد لفساد الشرط، وإن كان الشرط نهياً فعلى ضربين:

أحدهما: أن ينهاه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر [٧٢/ب] ولا يقضي فيه بإيجاب قودٍ ولا بإسقاطه، فهو شرطٌ جائز وتقليد صحيح؛ لأنه اقتصر بولايته على ما عداه فصار خارجاً عن نظره.

والثاني: ألا ينهاه عن الحكم فيه وينهاه عن القضاء بالقصاص فيه، فهذا النهي هل يوجب صرفه عن النظر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يوجب ذلك فلا يحكم فيه بإيجاب قودٍ ولا بإسقاطه، فعلى هذا يكون التقليد صحيحاً فيما عداه.

والثاني: لا يوجب ذلك ويصير النهي عنه أمراً بضده، وهو أن يقتص من المسلم بالكافر، فإن تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد مع فساد الشرط، ويحكم فيه بما يؤدي اجتهاده إليه من وجوب القصاص أو إسقاطه، وإن اقترن بلفظ التقليد بطل التقليد لفساد الشرط، وقال أهل العراق: يصح التقليد هنا أيضاً وإن فسد الشرط.

فرع آخر

يلزم الإمام أن يعين على البلد الذي تقلده قضاة فيقول: قلدتك قضاء البصرة، أو قلدتك قضاء الكوفة ليكون معلوماً. ولو قال: قلدتك قضاء البصرة أو قضاء الكوفة لم يجز للجهل بالعمل، وكذلك لو قال: قلدتك قضاء أي بلد شئت، أو أي بلد رضيك أهله لم يجز.

فرع آخر

لو قلده قضاء البصرة أو آمل، فإن نص على دخول النواحي والسواد في تقليده دخل وينفذ قضاؤه في أعماله المنسوبة إليها، وإن نص على خروجها من تقليده كانت ولايته مقصورة على تلك البلدة وإن أطلق، فإن كان العرف جارياً بإفرادها عن قاضي البلد لم تدخل في ولايته، وإن جرى العرف بإضافتها إلى قاضي البلد دخلت في ولايته، وإن اختلف العرف في إفرادها وإضافتها روعي أكثرهما عرفاً، فإن استويا عرفاً روعي أقربهما عهداً، فإن كان الأقرب إضافتها دخلت في ولايته، وإن كان بخلاف ذلك لا تدخل في ولايته.

فرع آخر

[٧٣/أ] يجوز أن يكون التقليد عاماً ومخصوصاً. فالعام: أن يقلده قضاء جميع البلد، والقضاء بين جميع أهله، والقضاء في جميع الأيام. والخصوص: أن يكون مقصوراً على قضاء بعض البلد، فيجوز إذا كان معيناً سواء اقتصر على قضاء أكثر البلد، أو أقله، أو محله من محاله؛ لأن القضاء يخص ولا يعم.

فرع آخر

لو قلده البصرة في جانب ربيعة جاز، سواء كان للجانب الآخر قاض أخر أو لا، ويختص بما حُصيَ.

فرع آخر

لو قلد أحدهما جانب ربيعة وقلد الآخر جانب مصر، كانت ولاية كل واحدِ منهما مقصورة على جانبه.

فرع آخر

إذا خص جانب ربيعة على ما ذكرنا يجوز أن ينظر بين أهله وبين الطارئين إليه من غير أهله، إلا أن يخص النظر بين أهله دون الطارئين إليه فلا يتعلوا.

فرع آخر

لو قلد أحدهما جانب ربيعة والآخر جانب مصر، وبين الجانبين موضع مشترك بينهما روعي الأغلب عليه في إضافته إلى أحدهما فجعل داخلاً، فإن استوى الأمران فيه روعي القرب، فما كان منه أقرب إلى جانب ربيعة دخل في ولاية قاضيه، وما كان منه أقرب إلى جانب مصر دخل في ولاية قاضيه.

فرع آخر

لو تحاكم من الجانبين رجلان، فدعي كل واحدٍ منهما إلى قاضي جانبه نظر، فإن كان عند التنازع قد اجتمعا في أحد الجانبين أجيب من هو في جانبه في الحاكم إلى قاضيه؛ لأن خصمه فيه طالباً كان أو مطلوباً، وإن كان كل واحدٍ منهما في جانبه عند التنازع، فليس لواحدٍ منهما أن يجبر الآخر على المحاكمة إلى قاضيه لا يقدر أن يعديه على خصمه لخروجه عن نظره طالباً كان أو مطلوباً، فإن أراد الطالب أن يستعدي قاضي المطلوب على خصمه [٧٣/ب] وجب عليه أن يعديه، ويحكم بينهما في جانبه لحصولهما في عمله، فإن حصل أحد القاضيين في جانب الآخر لم يكن له أن يحكم فيه من تنازع إليه سواء كان من أهل عمله أو غير عمله؛ لأن حكمه لا يتعدىٰ إلا في عمله.

فرع آخر

لو قلد قاضيين في بلدٍ لينظر كل واحدٍ منهما بين جميع أهله فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنه يفضي أمرهما إلى التجاذب في تنازع الخصوم إليهما، وتبطل ولايتهما إن جمع بينهما في التقليد، وتصح ولاية الأول إن قلد أحدهما بعد الآخر.

والثاني: وهو قول الأكثرين يجوز؛ لأنهما استنابة كالوكالة، وقد نقل الشافعي رضي الله عنه فلا نطلق الوجهان.

فرع آخر

إذا قلنا بالمذهب الصحيح فتنازع خصمان وجذب كل واحدٍ منهما الخصم إلى أحدهما، عمل على قول الطالب منهما دون المطلوب، وحاكمه إلى من أراده منهما؛ لأن حكم كل واحدٍ من القاضيين نافذ عليهما.

فرع آخر

لو كان كل واحد منهما طالباً ومطلوباً لتنازعهما في قسمة ملك أو اختلافهما في ثمن مبيع، عمل على قول من دعا إلى أقرب القاضيين، فإن استويا في القرب ففيه وجهان:

أحدهما: يقرع بينهما لتساويهما.

والثاني: يقطع التنازع بينهما حتى يتفقا على الرضا بأحدهما.

فرع آخر

لو قلده جميع البلد لينظر في أحد جانبيه أو في جامعه لم يجز لعموم ولايته، وكان التقليد باطلاً أن جعل ذلك شرطاً فيه، كقوله: قلدتك على أن تنظر فيه لتنافي حكم الشرط والإطلاق، ولو لم يكن شرطاً، [٧٤/أ] بل كان أمراً، كقوله: قلدتك قضاء البصرة فانظر في جامعها صح التقليد وبطل الشرط، وله أن ينظر في غير الجامع؛ لأنه لا يملك الحجر عليه في مواضع جلوسه.

فرع آخر

لو قال: قلدتك على أن تحكم في الجامع بين من قال فيه صح، ولم يجز أن يحكم في غيره؛ لأنه جعل الولاية هنا مقصورة على من جاءه الجامع وهم لا يتعينون إلا فيه.

فرع آخر

لو كان التقليد مقصوراً على بعض أهل البلد دون جميعهم يجوز إذا تميزوا عن غيرهم، كقوله: قلدتك لتقضي بالبصرة بين العرب دون العجم، ويقلد الآخر القضاء بين العجم دون العرب فيجوز، ويختص بما خص وليس لواحدٍ منهما أن يحكم بين من ليس من العرب ولا من العجم كالنبط لخروجهم عن نظر كل واحدٍ منهما.

فرع آخر

لو كان في البلد عربي النسب عجمي اللسان أو عجمي النسب عربي اللسان فإن كان في التقليد ما يدل على إرادة النسب دون اللسان، أو اللسان دون النسب يحمل عليه وإن لم يكن فيه ما يدل على إرادة واحد منهما يحمل على اعتبار النسب دون اللسان؛ لأن النسب صفة لازمة واللسان صفة زائلة.

فرع آخر

لو كان في العجم فزال العرب ففي أحق الحاكمين بالنظر في أحكامهم وجهان مبنيان على الوجهين في سؤالي ذوي القربى، هل يحرم عليهم من الصدقات ما يحرم على ذوي القربى؟ فيه وجهان: فإن قلنا يحرم تغليباً للولاء على النسب، فعلى هذا يكون قاضي العرب أحق بالنظر بينهم من قاضي العجم.

والثاني: [٧٤/ب] يغلب النسب على الولاء، فعلى هذا يكون قاضي العجم أحق.

فرع آخر

لو وقع التنازع بين عربي وعجمي واتفقا على التحاكم إلى قاضي أحدهما، فإن اتفقا على قاضي المطلوب ينفذ حكمه بينهما؛ لأنه مندوب إلى استيفاء الحقوق من أهل نظره والحق مستوفى من المطلوب للطالب، وإن اتفقا على التحاكم إلى قاضي الطالب ففي نفوذ حكمه بينهما وجهان مخرجان من القولين في نفوذ حكم من تراضيا به من غير الحاكم.

فرع آخر

لو تجاذب العربي والعجمي ودعا كل واحدٍ منهما إلى نظر قاضيه ففيه وجهان:
أحدهما: يوقف تنازعهما ويقطع تخاصمهما حتى يتفقا على قاضي أحدهما، فإن اتفقا على قاضي المطلوب جاز، وإن اتفقا على قاضي الطالب فقد ذكرنا وجهين.

والوجه الثاني: أن يجتمع القاضيان على سماع الدعوى؛ لأن كل واحدٍ منهما موجود بين أهل نظره، وليس له الانفراد في هذا النظر فلزم اجتماعهما عليه، فإذا اجتمعا على سماع الدعوى تفرد بالحكم منهما قاضي المطلوب دون الطالب، وإن اقتضى الحكم سماع البينة تفرد بسماعها قاضي المشهود عليه دون المشهود له، وإن اقتضى الحكم عرض اليمين استوفى قاضي الحالف دون المستحلف ليكون الحكم في الأحوال كلها نافذاً من قاضي المطلوب دون الطالب، فإن امتنع القاضيان من الاجتماع أثما بالامتناع وكان قاضي المطلوب أعظمهما أثماً، وأخذهما الأمير بالاجتماع جبراً.

فرع آخر

يجوز أن يكون القاضي مقصور الولاية على النظر بين خصمين معينين، ولا ينظر بين غيرهما.

فرع آخر

إذا جوزنا هذا ينظر، فإن رد إليه النظر بينهما في كل تنازع يحدث منهما، فيكون بعد فصل الحكم بينهما انعزل، وإن قلده مطلقاً الحكم بينهما فيحمل على العموم في كل ما تحدد من خصومتهما، وعلى هذا لو قلده [٧٥/أ] الإمام قضاء بلدٍ على أن يستخلف عليه ولا ينظر فيه بنفسه، فهذا تقليد مراعاةٍ وليس بتقليد حكم ولا نظرٍ، فإذا قلد من اختاره ثبتت ولاية المختار، ولم يكن لمن اختاره عزله وله الإشراف عليه والمراعاة له، ولو كان الإمام عزله على من يستخلفه جاز، وكان هذا تقليد تنفيذ وإشراف وليس بتقليد حاكم ولا اختيار.

فرع آخر

يجوز أن يكون التقليد مقصوراً على بعض الأيام دون الكل، فيجوز إذا عين على اليوم الذي يحكم فيه ولا يجوز إن لم يعينه؛ لأن النظر مقصوراً على المتحاكمين فيه، فوجب تعيين اليوم ليتعين به الحضور.

فرع آخر

إذا قلده النظر في يوم السبت ففيه ثلاثة أحوالٍ: **أحدهما**: أن يجعله ناظراً في كل سبتٍ على ولايته بعد انقضاء السبت، وإن لم يكن له أن ينظر في غيره لبقاء نظره في أمثاله.

والحالة الثانية: أن يجعله ناظراً في سبتٍ واحدٍ فينعزل بعد غروب الشمس، وليس له أن يجمع في نظر السبت بين الليل والنهار.

والحالة الثالثة: أن يطلق فيحمل على الخصوص، وهو أول سبتٍ يكون بعد هذا التقليد. ولو لم ينظر فيه لم يجز أن ينظر في غيره.

والفرق بين أن يقلده النظر بين اثنين فيحمل إطلاقه على العموم في كل تنازع يكون بينهما، وبين أن يقلده النظر في يوم السبت فيحمل إطلاقه على الخصوص في سبتٍ واحدٍ أن الخصمين باقيان يحمل النظر بينهما على العموم، ويوم السبت ينقضي فيحمل النظر فيه على الخصوص.

فرع آخر

لو قلد قاضياً أن ينظر في يوم السبت، وقال آخر أن ينظر في يوم الأحد، كان كل واحد منهما مقصور النظر على يومه.

فرع آخر

لو تدافع خصمان في يوم السبت إلى قاضيه ولم ينفصل الحكم بينهما فيه حتى رجعا في يوم الأحد، كان قاضي يوم الأحد أحق بالنظر بينهما.

فرع آخر

لو تنازع اثنان فدعا أحدهما إلى قاضي السبت ودعا الآخر [٧٥/ب] إلى قاضي الأحد، فإن كان تنازعهما في يوم السبت كان قاضيه أحق بالنظر بينهما، وإن كان تنازعهما في يوم الأحد كان قاضيه أحق بالنظر بينهما، وإن كان تنازعهما في غيرهما من الأيام لم يترجح قول واحدٍ منهما حتى يستأنف الترافع في أحد اليومين، فيكون ذلك اليوم أحق بالنظر بينهما.

فرع آخر

لو قلده النظر في شهرٍ من السنة يختص بذلك الشهر ليلاً ونهاراً؛ لأن الشهر يجمعهما.

فرع آخر

لو قلده النظر في جميع الأحكام تكون ولايته مشتملة على جميع ما يختص بنظر القضاة، ويشمل عشرة أقسام:

أحدها: يثبت الحقوق عند التناكر من ديونٍ في الذمم وأعيان في اليد بعد سماع الدعوى، وسؤال الخصوم وثبوتها يكون من أحد وجهين إقرار أو بينة.

والثاني: استيفاء الحقوق بعد ثبوتها عند التدافع والتمانع، فإن كانت في الذمة ألزم الخروج منها، وإن كانت أعياناً سلمها إن امتنع من تسليمها.

والثالث: النظر في العقود من المناكح والبيوع وغيرها عند الاختلاف فيها، ليحكم باجتهاده في صحتها وفسادها، أو ليخالف عليها.

والرابع: فصل التشاجر في حقوق الأملاك من الشفعة وحدودها والاستخلاف، والعمل بشواهد الأبنية، فأما مخارج الأبنية والأجنحة في الطرقات ومقاعد الأسواق، فإن جاءه فيها متظلم نظر فيه ودخل في ولايته، وإن لم يأت فيه متظلم دخل في المشبه وكان المحتسب أحق بالنظر فيه، ثم إن لم يفتقر إلى اجتهاده تفرد المحتسب به، وإن افتقر إلى اجتهاده وكان القاضي أحق بالاجتهاد فيه وأولى من المحتسب، ويكون المحتسب فيه منفذاً لحكم القاضي.

والخامس: الولاية على الأيامىٰ في المناكح من أكفائهن عند عدم أوليائهن أو عضلهم.

والسادس: الولاية على [٧٦/أ] ذوي الحجر لصغرٍ أو جنون إذا عدم أولياء النسب، أو لسفهٍ يحجر به ويرتفع بإيناس الرشد.

والسابع: الحكم بنفقات الأقارب والزوجات والعبيد وتقريرها برأيه واجتهاده.

والثامن: النظر في الأوقاف والوصايا إن لم يكن فيها ناظر يتولى ذلك، وإن كان فيها ناظر يراعيها، فإن كانت لمعينين سقط الاجتهاد فيهم، وإن كانت للموصوفين تعينوا باجتهاد الناظر قبل الحكم، وباجتهاد القاضي عند الحكم.

والتاسع: النظر في التعديل والجرح والتقليد والعزل، فيعمل فيه على اجتهاده سواء وافق فيه اجتهاد من قلده أو خالفه إلا في التقليد والعزل، فيكون اجتهاد من قلده فيه أنفذ.

والعاشر: إقامة الحدود على مستحقيها فيما تعلق بحقوق الآدميين من إقامة حد القذف والقصاص.

فأما ما تعلق منها بحقوق الله تعالى المحصنة كحد الزنا وشرب الخمر وتارك الصلاة، فإن تعلقت باجتهادٍ كان القاضي أحق بها لاختصاصه بالاجتهاد في الأحكام، ويأمر أمير البلد باستيفائها، وهو أولى من مباشرتها بنفسه، وعليه أن يعمل بأمره فيها، وإن لم يتعين بالاجتهاد كان الأمير أحق بها لتعلقها بتقويم السلطنة، فإن تعلق بها سماع البينة سمعها القاضي واستوفى الأمير.

فرع آخر

لو كان أموال الغائبين في بلد قضائه، فإن علموا بها فلا نظر للقاضي فيها لوقوفها على اختيار أربابها. وإن لم يعلموا بها لأنهم ورثوها وهم لا يعلمون فهي داخلة في نظر القاضي وعليه حفظها حتى يقدموا أو يوكلوا فتخرج حينئذ من نظره.

فرع آخر

هل يتولى القاضي قبض الصدقات وتفريقها في ذوي السهمان، فإن قلد الإمام عليها ناظراً كان أحق بها من القاضي. وإن لم يقلد عليها ناظراً ففي استحقاق هذا القاضي بمطلق ولايته النظر [٧٦/أ] فيها؟ وجهان:

أحدهما: لا يستحق؛ لأنها من حقوق الله تعالى فيمن سماه لها.

والثاني: له النظر فيها؛ لأنها من حقوق الأموال التي تحمل على اجتهاد الإمام.

فرع آخر

ليس للقاضي التعرض لأموال الفيء وجهاً واحداً؛ لأن وجوه مصرفها موقوف على اجتهاد الأئمة.

فرع آخر

الإمامة في صلاة الجمعة والأعياد بل تكون إليه فإن ندب لها إمام كان أحق بها من القاضي، وإن لم يندب لها إمام ففي اختصاص القاضي بإقامتها وجهان: **أحدهما**: يقيمها؛ لأنها من حقوق الله تعالى العامة.

والثاني: لا حق له في إقامتها؛ لأن الأمر بها أخص.

فرع آخر

لو قلده النظر الخاص يصح، وهو أن يقلده النظر في المداينات دون المناكح، أو الحكم بالإقرار من غير سماع بينةٍ، أو في نصابٍ مقدر من المال فيجوز ويختص بما خص.

وقال أبو عبد الله الزهري: لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهةً من الدهر يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد يحكم في مائتي درهمٍ وعشرين ديناراً فما دونها، ويفرض النفقات ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له.

فرع آخر

لو قلده النظر في المناكح جاز أن يحكم بما يتعلق بها من صداق وفرض نفقةٍ وسكن وكسوة، ويزوج الأيامي، ولا يحكم بين الزوجين فيما يتعلق بالمداينات، ويجوز أن يحكم بأجرة الرضاع، ولا يحكم بنفقة الأولاد ويحكم بنفقة خادم الزوجة ولا يحكم بنفقة خادم الزوج.

فرع آخر

لو قلده النظر في نصاب مقدر وهو مائتا درهم فنظر فيها بين خصمين جاز أن ينظر بينهما ثانية في هذا القدر وثالثةً.

فرع آخر

لو قلده النظر في مائتي درهم [٧٧/أ] وكان بين شريكين أربعمائة درهم يجوز أن ينظر

فيها، إذا كانت دعوى الشريكين متفرقة، ولا يجوز أن ينظر إن كانت دعواهما واحدة.

فرع آخر

لو أراد أن ينظر في عروض قيمتها مائتي درهم جاز تغليباً لحكم التقدير دون الجنس، إلا أن يصرح بالنهي عن النظر في العروض، فلا يجوز حينئذ.

واعلم أن صاحب «الحاوي»(١) رحمه الله تعالى ذكر ترتيباً حسناً فقال: ولاية القضاء تشتمل على خمسة شروط؛ مولِّي، وموَلَّى، وعمل، ونظرٌ، وعقدٌ. فأما المولِّي ينقسم إلى أصل وفرع، فالأصل الإمام والفرع قاضي الأقاليم. وأما المُولَّى فتقلد القضاء من جهته من فروض الكفايات، ويدخل في فرضه كل من تكاملت فيه شروط القضاء حتى يقوم به أحدهم.

وأما العمل فيلزم الإمام أن يعين على البلد الذي تقلده القضاء، ويجوز أن يكون بالتقليد عاماً ومخصوصاً، والمخصوص ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مقصوراً على قضاء بعض البلد.

والثاني: أن يكون التقليد مقصوراً على بعض أهل البلد دون جميعهم.

والثالث: أن يكون التقليد مقصوراً على بعض الأيام دون الكل.

وأما الرابع وهو النظر فضربان؛ عام وخاص، وما يختص بنظر القضاة عشرة أقسامٍ على ما ذكرنا.

وأما الخامس: العقد الذي يصح به التقليد، وهو يشتمل على ثلاثة شروط؛ مقدمة العقد، وصفة العقد، ولزوم العقد.

فأما الأول أن يكون المولي عارفاً بتكامل شروط القضاء في المولّى. وأما صفة العقد: معتبر باللفظ مع الحضور، وبالمكاتبة مع الغيبة. وما لزوم العقد: [٧٧/ب] فمعلومٌ وقد ذكرنا تفريعات كل فصل منها مبيناً مشروحاً وبالله التوفيق.

مسألة(٢): قَالَ: «وَأَحِبّ لِلقَاضِي أَنْ يَجْلِسَ فِي مَوْضِعٍ بَارِزٍ لِلنَّاسِ وَلَا يَكُونُ دُونَهُ حِجَابٌ».

الفصل

إنما استحب الشافعي رضي الله عنه للقاضي أن يجلس في موضع فسيحٍ ظاهرٍ، إما رحباً أو غير ذلك ليكون في موضع ظاهرٍ يراه الخاص والعام، والقاطنُ والغريب، ويصل إليه الجميع، ولأنه إذا كان ظاهراً لا يحتاج القاصد إلى الاستئذان عليه، وإذا كان فسيحاً واسعاً ترتاح النفوس ولا يسرع فيه الملك، وفي بعض النسخ: «بارزاً للناس» بالنصب، فقوله «بارزٍ» بالخفض صفة للموضع، وبالنصب صفة للقاضي في ظهوره من غير إذن.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٧ ـ ٢١). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٤١).

قال أصحابنا: ولا يجلس في بيته وإن أذن عليه؛ لأنه ليس ببارز، ويقع فيه الحجاب ولا يعرف من جاء إليه بجلوسه، ولا سيما إذا كان غريباً.

قال أصحابنا: وإذا كان بارزاً لا يحتاج مع البروز إلى الاستئذان وإذنٍ، ولو نظر بينهم في داره التي لا يدخلها أحد إلا بإذنه جاز ولم يكره إن قل، لما روي عن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت: اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان من الأنصار في مواريث متقدمةٍ فقضى رسول الله ﷺ بينهما في بيتي(١).

وروي أنه كان بين عمر وأبي بن كعب ـ رضي الله عنهما ـ منازعة فأتيا زيد بن ثابت في بيته فقضى بينهما، وقال لعمر ـ رضي الله عنه: لو أمرتني لجئتك، فقال: في بيته يؤتى الحكم(٢).

ولو كثرت المحاكمات [٧٨/أ] عدل عن النظر في داره التي تحوج إلى الاستئذان إلى المجلس الذي وصفناه بالشرطين المتقدمين، وإن كان حكمه نافذاً في الأحوال كلها. ويكره أن يكون له حاجب على أن يكون وصول المتحاكمين إليه موقوفاً على إذنه؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «من ولي من أمر الناس شيئاً فاحتجب حجبه الله يوم القيامة»(٣).

وروي أن أبا مريم الأسدي قدم على معاوية، فقال له معاوية: ما أقدمك؟ قال: حديث سمعته من رسول الله ﷺ لما رأيت موقفك، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ولاه الله من أمر الناس شيئاً فاحتجب عن حاجتهم وخلتهم وفاقتهم احتجب الله يوم القيامة عن حاجته وخلته وفاقته»(٤).

وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ قلد سعد بن أبي وقاص ـ رضي الله عنه ـ الكوفة، فقضى فيها زماناً بغير حاجب، ثم اتخذ حاجباً، فعزل عمر ـ رضي الله عنه ـ حاجبه.

ولأنه ربما منع الحاجب ذا ظلامةٍ لهوى، وربما استعجل على الإذن وارتشى.

قال أصحابنا: فإن اتخذ حاجباً في غير مجلس الحكم لم يكره له، بل إذا احتجب عن الناس في غير مجلس الحكم وزمانه كان أحفظ لحشمته وأعظم لهيبته فيكون أولى.

ومن قال يكره للقاضي اتخاذ الحاجب في زمان الاستقامة وسداد أهله، فأما في زمان الاختلاط والتهارج واستطالة السفهاء والفاغة، فالمستحب له أن يتخذ حاجباً لحفظ هيبته ويمنع من استطالة الخصوم، وبهذا أقول في زماننا هذا.

وقال القفال: لا يكره ذلك في وقت الحكم ليدفع الزحام عنه، فيكون في الحقيقة مرتباً لا حاجباً، ويكره في الأوقات الأُخر؛ لأنه ربما يجيء صاحب حاجةٍ فيدفعه عنه، وهذا حسن.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٥)، والدارقطني (٤/ ٢٣٩)، والحاكم (٤/ ٩٥).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٦٣).
(٣) أخرجه أبو داود (٢٩٤٨)، والحاكم (٤/ ٩٣ ـ ٩٤).
(٤) أخرجه الترمذي (١٣٣٢)، والحاكم (٤/ ٩٣)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٥٨).

فرع

لا يكره للأئمة اتخاذ الحُجاب، [٧٨/ب] بل يستحب لهم؛ لأنهم ينظرون في عموم الأمور، فيحتاجون أن يفردوا لكل نظر وقتاً يحرسه الحجاب عليهم ويمنعوا من دخول أصناف الناس من غير أوقاتهم، وقد روي أنه كان على باب عمر ـ رضي الله عنه ـ حاجب يسمى يرفا، فاجتمع على بابه أبو سفيان وسهيل بن عمرو، وسلمان، وبلال، وصهيب، وجماعة من وجوه العرب، فأذن لسلمان وصهيب وبلال ـ رضي الله عنه ـ فتمعر وجه أبي سفيان، فقال له سهيل بن عمرو: يا أبا سفيان، إن هؤلاء دعوا ودعيت، فأجابوا وتأخرت، ولئن حسدتهم اليوم على باب عمر بن الخطاب لأنت غداً أشد حسداً لهم على باب الجنة.

ولأنه لولا الحجاب لما تميز هؤلاء بالسابقة، ولا ترتب الناس بحسب فضائلهم وأقدارهم.

وحكي أنه استصعب الإذن على المغيرة بن شعبة في خلوةٍ أرادها مع عمر ـ رضي الله عنه ـ فرشا يرفا حتى سهل له الإذن عليه، وكان يسأل يرفا أن يجلس في الدهليز إذا تعذر عليه الدخول حتى يظن الناس أنه وصل حتى تظهر له منزلة الاختصاص بعمر رضي الله عنه.

وفي مثل هذا يكره الحجاب؛ لأن الحاجب ربما فعل مالا يراه المحتجب، وقد كان الحسن حاجب عثمان، وقنبر حاجب علي رضي الله عنهم.

فرع آخر

الشروط المعتبرة في الحجاب نوعان؛ واجبٌ ومستحبٌ، فالواجب ثلاثة؛ العدالة، والعفة، والأمانة. وأما المستحب فخمسة؛ أن يكون حسن المنظر، جميل المخبر عارفاً بمقادير الناس، بعيداً عن الهوى والعصبية، معتدل الأخلاق بين الشراسة واللين.

مسألة: قَالَ(١): «وَأَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ المَسْجِدِ لِكَثْرَةِ الغَاشِيَةِ والمُشَاتَمَةِ بَيْنَ الخُصُومِ، في أرفق الأماكن به وأحراها ألا تسرع ملالته فيه».

اعلم أنه يكره للقاضي أن يجعل المسجد مجلساً لقضائه صغر المسجد أو كبر، وهذه كراهة تنزيه لا تحريم، وبه قال عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب. وقال مالك، والشعبي، وشريح، وأحمد، وإسحاق: لا يكره بحالٍ. وروي ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم. وعن أبي حنيفة روايتان:

إحداهما: أنه يكره.

والثانية: أن لا يكره في المسجد الأعظم.

وقال ابن أبي ليلى: يستحب له القضاء فيه، لأنه طاعة. واحتجوا بما روي عن

---

(١) انظر الأم (٢٤١/٥).

الشعبي قال: رأيت عمر ـ رضي الله عنه مستنداً إلى القبلة يقضي بين الناس.

ودليلنا ما روى أن رسول الله ﷺ سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد، فقال: «لا وجدها، إنما بنيت المساجد لذكر الله وإقامة الصلاة»(١)، وروي أنه قال: «أيها الناشد غيرك الواجد». وروى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا ردها الله إليك، فإن المساجد لم تبن لهذا». وروى أنس ـ رضي الله عنه ـ في خبر الأعرابي: إنما هي ـ يعني المساجد ـ لذكر الله والصلاة، وقراءة القرآن.

ووجه الدليل أن النبي ﷺ منع رفع الصوت لطلب الضالة في المسجد، ونحن نعلم أن رفع الأصوات والخصومات والمهاترات [٧٩/ب] في مجلس القضاء أكثر، فكان بالكراهة أولى. وروى معاذ ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوماتكم، ورفع أصواتكم وسل سيوفكم، وإقامة حدودكم، وجمروها في الجمع، واتخذوا على أبواب مساجدكم مطاهر»(٢).

وروي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عبد الحميد بن زيد: لا تقضي في المسجد فإنه يأتيك اليهودي والنصراني والحائض. وروي أنه كتب إلىٰ القاسم بن عبد الرحمٰن بمثل ذلك.

وقال سعيد بن المسيب: لو كان لي من الأمر شيء ما تركت اثنين يختصمان في المسجد. وأيضاً فسبيل الحاكم أن يجلس في موضع يصل إليه الطاهر والحائض، والمجنون، والصغير، والمشرك، والمسجد يصان عن ذلك، وربما يتوجه الحد على رجل فلا يمكن إقامته فيه، ولأن الغالب من المتخاصمين اللغط والتكاذب واللجاجة والشتائم، وينزه المسجد عن ذلك. وأما خبرهم فلا حجة لهم فيه؛ لأنه يحتمل أن يكون عن اتفاق وقع، وقد قال أصحابنا: لو كان في المسجد معتكفاً أو منتظراً للصلاة، فتحاكم اثنان لا يكره الحكم بينهما، وقد قضى رسول الله ﷺ والصحابة في المسجد على هذا الوجه. وهذا لأن حضوره في المسجد لم يكن مقصوراً على القضاء فيه.

وروي عن الحسن البصري أنه قال: دخلت المسجد فرأيت عثمان ـ رضي الله عنه ـ قد ألقى رداءه ونام، فأتاه سقا بقربةٍ ومعه خصم، فجلس عثمان [٨٠/أ] رضي الله عنه وقضى بينهما.

---

(١) أخرجه مسلم (٥٦٨/٨٠)، وابن ماجه (٧١٥)، وأحمد (٥/ ٣٦٠)، وابن خزيمة (١٣٠١)، وأبو عوانة (١/ ٤٠٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٧٥٠)، وعبد الرزاق (١٧٢٧)، والطبراني في «الكبير» (٨/ ١٥٦)، وابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٠٤).

فرع آخر

قال أصحابنا: لا يكره القضاء في المسجد في حالتين:

إحداهما: ما ذكرنا في موضع الاتفاق من غير قصدٍ.

والثانية: إذا لزم تغليظ الأيمان بالمكان؛ لأن النبي ﷺ غلظ لعان العجلاني في المسجد.

فرع آخر

قال أصحابنا: ولا يكره فيه الجلوس للفتيا وتعلم القرآن والعلم؛ لأنه ليس فيه ما ذكرنا في القضاء.

وأما قول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: في أرفق الأماكن به أراد أن يكون في موضع لا يتأذى منه بالشمس والغبار والدخان، والرائحة الكريهة؛ لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ كتب إلى أبي موسى ـ رضي الله عنه: إياك والغضب والقلق والضجر، وهذه الأشياء تفضي إلى الضجر، وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد، وتمنع الخصوم من استيفاء الحجة، فإن حكم مع هذه الأحوال صح حكمه كما يصح إذا حكم في حال الغضب مع النهي الوارد فيه، وهكذا لا يجلس في موضع ضيق لا تصل إليه العجوز والشيخ والضعيف. وقيل: أراد به أن يكون الموضع إن احتاج فيه إلى البول والغائط قدر عليه، وإن عطش شرب الماء فيه، وإن جاع أكل فيه الطعام؛ لأنها أحوال لا يستغني القاضي عنها.

وقال بعض أصحابنا: يبني له دكة عظيمة في ساحة واسِعة، وإن كان على باب داره دكة واسعة يجلس عليها، أو جلس في دهليز داره مفتوح الباب وكان واسعاً يراه الناس كان حسناً. وقال بعض أصحابنا بخراسان: توطأ له فرشة ويجعل له متكأ ويوضع له وسادة ليكون أرفق به وأحبب له عند الحضور حتى لا يمل.

مسألة: قَالَ(١): «وَأَنَا لإِقَامَةِ الحَدِّ فِي المَسْجِدِ أَكْرَهُ».

إنما قال ذلك لما روى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ [٨٠/ب] قال: «لا تقام الحدود في المساجد»(٢) وروى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ: نهى أن تقام الحدود في المساجد، وأن يستقاد فيها(٣).

وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ أُتي برجل في شيء فقال: أخرجاه من المسجد واضرباه. وروي أن علياً ـ رضي الله عنه ـ أُتي بسارق في المسجد فقال: يا قنبر، أخرجه من المسجد واقطع يده.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤١).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٣٤)، والترمذي (١٤٠١)، وابن ماجه (٢٥٩٩)، والدارمي (٢/ ١٩٠)، وابن أبي شيبة (١٠/ ٤٢)، وعبد الرزاق (١٧١٠)، والدارقطني (٣/ ١٦)، والحاكم (٤/ ٣٦٩).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢٦٠٠)، وأحمد (٥/ ٣٨)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٦٧)، وفي «معرفة السنن» (٥٨٥٨).

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يكره إقامة الحدود في المسجد؛ لأنها أشهر نكالاً وأبلغ زجراً، وأنها من حقوق الله تعالى، وهذا لا يصح لما ذكرنا. ولأنه إذا أقيم عليه الحد ربما يبول أو يتقاطر منه دم فيتلوث به المسجد، فلهذا كانت الكراهة فيه، وإن كان في إقامته تلويث المسجد مثل قطع اليد في السرقة ونحوه يحرم في المسجد.

فرع آخر

إذا سار القاضي إلى مجلسه سلم في الطريق على من يراه؛ لأن السنة أن يسلم الراكب على الماشي، والسائر على الجالس، والقليل على الكثير. وروي أن النبي ﷺ قال: «ألا أدلكم على شيء إذا قلتموه تحاببتم، أفشوا السلام بينكم»(١).

فرع آخر

إذا دخل مجلسه سلم على القوم، وكذلك يفعل الخصمان إذا وصلا إليه، ويرد القاضي جواب السلام، فإن عطس القاضي شمتاه أو أحدهما، وإن عطس أحدهما شمته القاضي أو صاحبه.

فرع آخر

يصلي عند التأهب للجلوس ركعتين، فإن جلوسه في المسجد كانت الصلاة تحية تجوز في أوقات النهي، وإن كانت في غير المسجد لا يصليها في أوقات النهي.

فرع آخر

إذا فرغ من الركعتين دعا الله تعالى بالتوفيق والعصمة والتسديد، ويستحب أن يدعو بما روت أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ قالت: كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته يقول: «اللهم إني أعوذ بك أن أزل أو أُزل، أو أضل، أو أظلم أو أُظلم، أو أجهل [٨١/أ] أو يُجهل عليَّ»(٢).

وروي أن الشعبي كان يقولهن ويزيد عليهن: أو أعتدي أو يُعتدى عليَّ، اللهم أعنِّي بالعلم، وزيني بالحلم، وأكرمني بالتقوى حتى لا أنطق إلا بالحق، ولا أقضي إلا بالعدل(٣).

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: يستحب أن يقول هذا إذا جلس للحكم، ثم يشرع في نظره بعد استقبال القبلة، لا سيما إذا كان في المسجد؛ لأن النبي ﷺ قال: «خير المجالس ما استقبل به القبلة»(٤).

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٢٩١)، وابن أبي شيبة (١٠/ ٢٥٣)، والطبراني في «الكبير» (١٠/ ٢٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٥٠٩٤)، وابن ماجه (٣٨٨٤)، وأحمد (٦/ ٣٢٢)، والحميدي (٣٠٣).

(٣) أخرجه أبو نعيم في «تاريخ أصفهان» (١/ ٢١٧).

(٤) انظر: كشف الخفا (١/ ٤٧٤)، والدرر (١١١).

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد: ولا يتكىء في مجلسه لما روى عمرو بن الشريد، عن أبيه، أن النبي ﷺ أبصر رجلاً جالساً وقد اتكأ على يده اليسرى، فقال: «هذه جلسة المغضوب عليهم»(١)، فأنكر الاتكاء.

فرع آخر

قال: ويجمع الفقهاء فيجلسهم عن يمينه وشماله حتى يسمعوا كلامه وكلام الخصمين، ويرفع مجالسهم وينزلهم على قدر منازلهم من العلم والنهي، ويكون على رأسه مُحضر يقدم الخصوم ويؤخرهم، ويكون ثقةً أميناً لئلا يميل مع بعض الخصوم.

مسألة: قَالَ(٢): «وَمَعْقُولٌ فِي قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: لاَ يَحْكُمُ الحَاكِمُ وَلاَ يَقْضِي القَاضِيَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ»(٣).

جملة هذا أنه يكره للقاضي أن يقضي في حال الغضب، لما روى عبد الرحمن بن أبي بكرة، أن النبي ﷺ قال: «لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان»(٤). وروي أن أبا بكرة ـ رضي الله عنه ـ كتب إلى ابنه وهو على سجستان: أن لا تقضي بين اثنين وأنت غضبان، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول. . . . وذكر الخبر.

وروى أبو سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان»(٥).

وروي أن النبي ﷺ قال: «لا يقضي القاضي [٨١/ب] وهو غضبان مهموم، ولا مصاب محزون، ولا يقضي وهو جائع»(٦)، فإن الغضب يفسِد عقله وفهمه وخلقه، فيشوش اجتهاده وخاطره، وقد أمر الله تعالى بالتأني والتثبت في الأحكام. وقال أنس ـ رضي الله عنه: قال رسول الله ﷺ: «التأني من الله، والعجلة من الشيطان»(٧).

وروى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «إذا تأنيت أصبت أو كدت تصيب، وإذا استعجلت أخطأت أو كدت تخطىء»(٨).

وقال أبو هريرة ـ رضي الله عنه: قال رجلٍ للنبي ﷺ: أوصني، فقال: «لا

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٧/ ٣٧٨).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٤١).
(٣) أخرجه البخاري (٧١٥٨)، ومسلم (١٧١٧).
(٤) أخرجه أحمد (٥/ ٤٦)، والترمذي (١٣٣٤)، والنسائي (٨/ ٢٣٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٧٥).
(٥) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٦)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٨٢).
(٦) أخرجه أبو عوانة (٤/ ١٥، ١٧).
(٧) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٧٠)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٨/ ١٩).
(٨) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٧١)، وانظر إتحاف السادة المتقين (٥/ ٢٥٢).

تغضب»[١]. وروي أن شريحاً كان إذا جاع أو غضب قام فلم يقض[٢].

وروي عن زياد بن أبي السكن أنه قال: دخلت على الشعبي عند طلوع الشمس وهو يأكل فقال: آخذ حلمي قبل الخروج إلى القضاء[٣]. وروي أنه كان يأكل قبل الفجر، فقيل له في ذلك فقال: آخذ حلمي ثم أخرج فأقضي بين الناس.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا غضب لنفسه، فإن غضب لحق الله تعالى فلا بأس أن يقضي في تلك الحالة؛ لما روي أن الزبير بن العوام ـ رضي الله عنه ـ لما خاصم جاراً له في الماء، وقال له رسول الله ﷺ: «اسق زرعك ثم أرسل الماء إلى جارك» لوى خصمه شدقه، وقال: إن كان ابن عمتك، فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه، ثم قال للزبير: «احبس الماء حتى يبلغ الجدر»[٤] فقضى عليه في حال الغضب، وهذا غريب.

قال الشافعي رضي الله عنه: «وكل شيء يحدث في الإنسان ما يغير فهمه وخُلقه كالجوع الشديد والعطش، والفرح الشديد، [٨٢/أ] والحر المزعج والبرد المؤلم، والغم الشديد، وكان يدافع الأخبثين، أو حضره العشاء ونفسه تتوق إليه، أو غلبة النعاس، فكل هذا في معنى الغضب فلا يقضي في هذه الأحوال، ولكن لو قضى فيها نفذ».

مسألة: قَالَ[٥]: «وَأَكْرَهُ لَهُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ خَوْفَ المُحَابَاةِ».

اعلم أنه يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه؛ لأنه ربما يبتاع منه بنقصان أو يشتري منه بزيادةٍ، وذلك يجري مجرى الهبة والهدية، ويطلب بها الميل عند الحكم، وذلك محرم على القاضي.

وقال في «الأم»: في مجلس الحكم أكره له هذا؛ لأن في مجلس الحكم علتين:

إحديهما: ما ذكرنا.

والثانية: اشتغال قلبه. وفي غير مجلس الحكم علة واحدة، فتكون الكراهة أشد في مجلس الحكم.

فرع

قال: ويجوز أن يوكل إلى غيره ذلك، ولكن ينبغي أن يكون ذلك الوكيل منسوباً.

فرع

قالَ: ويجوز أن يوكل إلى غيره ذلك، ولكن ينبغي أن يكون ذلك الوكيل منسوباً إليه معروفاً به؛ لأن المحاباة تحصل كما تحصل لو باشر القاضي بنفسه، وإنما لا تحصل

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٥)، والترمذي (٢٠٢٠)، والحاكم (٣/ ٦١٥)، وابن حبان (١٩٧١)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٧٩).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٤/ ٢٠٢).

(٣) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٥٨٦١).

(٤) تقدم تخريجه مراراً.

(٥) انظر الأم (٥/ ٢٤١).

المحاباة إذا لم يعلم من بايعه أنه وكيل القاضي.

فرع آخر

قال في «الأم»: «ولو اشترى أو باع لم أنقص البيع ولا الشراء لأنه ليس بمحرم». وحكي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه قال: لا يكره له تولي البيع والشراء بنفسه، ودليلنا قوله ﷺ: «ما عدل والٍ اتجر في رعيته أبداً»[1].

وقال شريح: شرط عليَّ عمر ـ رضي الله عنه ـ حين ولاني القضاء ألا أبيع ولا أبتاع، ولا أرتشي، ولا أقضي وأنا غضبان.

فإن قيل: أليس كان رسول الله ﷺ يبيع ويشتري؟ قيل: لأن الله تعالى نزه رسوله ﷺ عما يتوجه إلى غيره من التهمة، فقال: ﴿وَمَا هُوَ عَلَى ٱلْغَيْبِ بِضَنِينٍ ۝٢٤﴾ [التكوير: ٢٤]، أي بمتهمٍ، ولأنه ما فعل بعد النبوة إلا نادراً قصد بها بنيان الأحكام. [٨٢/ب].

فرع آخر

إذا لم يجد بداً من مباشرة البيع والشراء وقد احتكم إليه، اخترنا له أن لا ينظر في حكومته بنفسه ويستخلف من ينظر فيها حتى لا يتهم، فإنه وإن حكم بالحق فإنه لا يؤمن أن يكون قلبه أميل إليه من خصمه إن باشره، أو إلى خصمه ميل إن عاشره.

مسألة: قَالَ[2]: «وَلاَ أُحِبُّ أَنْ يَتَخَلَّفَ عَنِ الوَلِيمَةِ».

الفصل

اعلم أن إجابة الداعي إلى الوليمة واجبة على غير القاضي على ما تقدم بيانه، فأما على القاضي قال بعض أصحابنا: إنها واجبة إلا أن يحللوه؛ لأن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ قال: «ولا أحب أن يتخلف عن الوليمة»، أو إما أن يجيب كلاً أو يترك كلاً فلم يجعلها واجبة، بل جعلها مستحبةً، وهذا لأنه أجير المسلمين، وفي مروره إلى الولائم ربما يحصل الضرر بالخصوم، فإنه لا يدري متى يتحاكم إليه، فأزيل عنه الوجوب وبقي الاستحباب.

ومن أصحابنا من قال: في الأئمة والقضاة ثلاثة أوجهٍ:

أحدهما: أنهم كغيرهم.

والثاني: لا يلزمهم الإجابة لاختصاصهم بمصالح المسلمين، وبه قال ابن أبي هريرة.

والثالث: إن كان مرتزقاً لا يحضر، لأنه أجير المسلمين، وإن لم يكن مرتزقاً يلزمه الإجابة.

فتكون الإجابة على الوجه الأول فرضاً يأثم بتركها، وعلى الوجه الثاني الإجابة مستحبة يكره تركها، وعلى الوجه الثالث الإجابة مفضلة باعتبار حاله في الارتزاق والتطوع.

---

(١) انظر المطالب العالية لابن حجر (٢١٠٧). (٢) انظر الأم (٥/٢٤١).

فرع

قال أصحابنا: وإن كان إذا حضر الولائم كلها انقطع النظر بين الخصوم، أو يؤدي إلى البذلة لزمه النظر وترك الإجابة إلى الولائم؛ لأن الاشتغال بما أخذ عليه الجعل أولى من الاشتغال بغيره.

فرع آخر

قال: إن للقاضي هذا في الوليمة خاصة دون سائر الدعوات، فإنه لا يستحب في سائر الدعوات ما يستحب في الوليمة؛ لأنها دعوة مسنونة فأكد الأمر في إجابتها.
[٨٣/أ] فرع: إذا أراد الإجابة ينبغي أن يجيب الكل بحيث لا ينل بالقضاء، فيكون قد فعل المستحب، ولا ينبغي أن يجيب البعض دون البعض، بل إذا لم يكن إلا ذلك ترك الكل. والأولى في زماننا هذا أن لا يجيب واحداً؛ لأن السرائر قد خبثت والظنون قد تغيرت، ولكنه يعتذر إليهم ويسألهم التحليل، وهذا على سبيل الاستحباب والاحتياط، ولأنه إذا أجاب البعض يحمل ذلك على الميل إلى قومٍ دون قومٍ وذلك لا يجوز.

فرع

قال القفال: وإنما يجيب داعياً لم يقع له خصومة، فأما إذا دعاه أحد الخصمين لا يجيب كما لا يقبل هديته بحالٍ؛ لأن الخصم الآخر ربما لا يمكنه اتخاذ دعوة فينكسر قلبه بحضور القاضي دعوة الخصم. قال: وعلى هذا إذا سلم عليه خصمان لم يخص أحدهما بالجواب، بل يجيبهما أو يدعوهما. وإفشاء السلام أولى غير أن تركه جائز؛ لأنه أهيب وأحرى أن لا يستأنس به الخصوم. قال: وقيل: إذا سلم عليه أحد الخصمين أمر للآخر أن يسلم أيضاً ثم يجيبهما، وإنما يأمر غيره بذلك إذ لا يحسن أن يقول هو بنفسه سلم عليَّ.

وقال بعض أصحابنا: إذا حضر الخصوم تسقط عنهم سُنة السلام، فإن سلما جميعاً رد القاضي عليهما، وإن سلم أحدهما ففيه ثلاثة أوجهٍ؛ **أحدهما**: يرد عليه في الحال.

والثاني: يرد عليه بعد الحكم بينهما.

والثالث: يرد في الحال عليهما.

ومن أصحابنا من قال: لا يرد عليهم القاضي جواب السلام أصلاً؛ لأنهم أوقعوا السلام في غير موقعه فلا يستحقون الرد عليهم.

فرع آخر

المرتزق إذا حضر الوليمة فإن قل زمان حضوره فيها كاليوم أو ما قاربه لم يلزم رد شيء من رزقه، وإن طال، وأقل زمان طوله ثلاثة أيام، رد من رزقه بقسط ما أخل بنظره. ذكره في «الحاوي»[١].

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٤٤).

مسألة: قَالَ(١): «ويَعُودُ [٨٣/ب] المَرضى، وَيَشْهَدُ الجَنَائِزَ، وَيَأْتِي مَقْدَمَ الغَائِبِ». يستحب له أن يفعل كل ذلك لما روى أن رسول الله ﷺ عاد غلاماً يهودياً في جواره وعرض عليه الإسلام فأسلم.

ويحضر كلها إن تيسر بخلاف الولائم؛ لأنها لا تطول والولائم تطول، فله أن يفعل البعض دون البعض. قال أبو إسحاق: ويخص بذلك من عرفه وقرب منه، والفرق بين هذا وبين حضور الولائم أن حضورها حق الداعي؛ لأنه ينفق ويتكلف الناس بحضوره إكراماً له، وليس كذلك عيادة المريض وحضور الجنائز؛ لأن ذلك من أعمال البر والطاعة يقصد بها وجه الله تعالى والثواب.

وأيضاً فإن عيادة المرضى والجنائز تكثر وفي حضورها كلها مشقة شديدة، وانقطاع عما عليه من النظر لامتدادها بخلاف الولائم في الغالب، فيحضرها متى قدر، ولا يجوز أن يحضر بينهم.

وأما زيارة القادم فإن شاء زار البعض، وإن شاء تركها وليس عليه زيارة جميع القادمين؛ لأن ذلك مما يكثر ولا ينبغي أن يعتاد الزورات في البلد لهذه الأمور؛ لأن فيه ابتذالاً وتضييعاً للقضاء.

وقال ابن المرزبان: سمعت القاضي أبا حمدٍ يقول: الصحيح أن يعود الكل أو يترك الكل، وكذلك في الجنائز ومقدم الغائب، وهذا خلاف ما قاله سائر أصحابنا. والشافعي ـ رضي الله عنه ـ ذكر ذلك في إجابة الوليمة دون غيرها، فلا يصح هذا القول.

فرع

إن جاءَه الخصمان بدأ بهما قبل صلاة الجنازة؛ لأن ذلك فرض على الكفاية والقضاء فرض على عينه.

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه: يجوز للقاضي اتخاذ السجن لما روي أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمةٍ يوماً وليلةً. وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ [٨٤/أ] اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجناً.

وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ حبس الحُطيئة الشاعر فقال(٢):

مَـاذَا تَـقُـولُ لأَفْـرَاخٍ بِـذِي مَـرَخٍ ... زُغْـبِ الـحَـوَاصِـلِ لا مـاءٌ وَلاَ شَـجَـرُ
أَلْـقَـيْـتَ كَـاسِـبَـهُـمْ فِـي قَـعْـرِ مظـلـمـةٍ ... فَـارْحَـمْ عَـلـيـكَ سَـلاَمُ الـلَّـهِ يـا عُـمَـرُ

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤١).

(٢) البيت للحطيئة في ديوانه (ص١٦٤)، الأغاني (٢/ ١٥٦)، خزانة الأدب (٣/ ٢٩٤)، والخصائص (٣/ ٥٩)، الشعر والشعراء، شرح التصريح (٢/ ٣٠٢)، شرح المفصل (٥/ ١٦)، المقتضب (٢/ ١٩٦).

فخلاه وحبس آخر فقال:

يا عمر الفاروق طال حبسي ومرَّ مني إخوتي وعرسي

في حدث لم تقترفه نفسي إلا مراء ضوى من شعاع الشمس

وروي أن عليّاً ـ رضي الله عنه ـ بنى سجناً. ولأنه يحتاج إليه للتأديب ولاستيفاء الحقوق من المماطل بالدين.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: يستحب أن يتخذ درة يؤدب بها من استوجب التأديب، ويرهب بها السفيه؛ لما روي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ اتخذ درة يؤدب بها.

وروى أنس بن مالك ـ رضي الله عنه ـ أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ ضرب مملوكةً بالدرة، وقال: اكشفي قناعك. وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ رأى زيد بن خالد الجهني ركع ركعتين بعد العصر، فمشى إليه حتى ضربه بالدرة. وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كتب إلى أبي موسى ـ رضي الله عنه: إذا رأيت الخصم يتعمد الظلم فأوجع رأسه.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه ينبغي أن يكون على رأس القاضي رجل ينادي هل من خصم ويقدم الأول فالأول. قال ابن المنذر: ويستحب أن يكون خادم من أجل النساء اللواتي يتقدمن إلى القاضي. وروي عن الشعبي أنه كان يقضي وعلى رأسه رجل ينادي هل من خصمٍ.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه يجمع الفقهاء وقت القضاء، وقيل: يستحب أن يستحضرهم من كل مذهبٍ ويستشيرهم فيما يشكل عليه، ثم إن شاء جمعهم في مجلس حكمه، وإن شاء أقعدهم [٨٤/ب] ناحيةً حتى يستدعيهم إذا احتاج إليهم، وإذا حضروه لا يردون عليه إلا ما خالف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الذي لا يحتمل إلا معنًى واحداً، إلا أن يسألهم عن ذلك فيجيبون.

وينبغي أن يكون عنده شاهدان عدلان حتى إن احتاج يشهدهما فيتحملان الشهادة على ما يجري فإن في حكم القاضي بعلمه خلافاً بين العلماء فيخرج بذلك من الخلاف، ويجوز أن يقعدهما ناحيةً إذا قلنا يقضي القاضي بعلمه؛ لأن أكثر ما فيه أن يقر بعض الخصوم ثم جحد فيحكم بعلمه، ويجب أن يقعدهما بحضرته إذا قلنا لا يقضي القاضي بعلمه، حتى إن جحد الخصم بعد الإقرار شهدا به.

فرع آخر(١)

ينبغي أن يكون القاضي مطرقاً رأسه عند دخول جميع المتنازعين عليه من شريفٍ

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٤٥).

ومشروفٍ، ويراعي الوقار فلا يبدأ أحداً بكلامٍ أو سلامٍ أو إكرام.

وحكي أن المهدي أمير المؤمنين تقدم معَ خصومٍ له إلى مَجلس عبيد الله العنبري قاضي البصرة، فلما رآه القاضي مقبلاً أطرق إلى الأرض حتى جلس مع خصومه مجلس المتحاكمين، فلما انقضت الخصومة قام القاضي فوقف بين يديه، فقال المهدي: والله لو قمت حين دخلت عليك لعزلتك، ولو لم تقم حين انقضى الحكم لعزلتك. وهذا لأن قيامه قبل الحكم ميل، وترك قيامه له بعد الحكم تركاً لحق الإمام، فيكون العزل الأول مستحقاً والعزل الثاني أدباً.

فرع آخر

ينبغي أن يبعد مجالس الخصوم منه ليكون أبلغ في الهيبة، وأيضاً لا يسبق إليه تهمة أن يشير إلى أحدهما بخلاف الحق، ويكون البساط الذي يجلس عليه متميزاً عن بساط الخصوم حتى يكون أهيب له.

فرع آخر

ينبغي أن لا يحضر مجلسه مع الخصوم إلا من له بالحكم تعلقٌ، [٨٥/أ] فإننا نستحب ألا يخلو مجلس الحكم من شهودٍ وفقهاءٍ، أما الشهود فليشهدوا بما جرى فيه، وأما الفقهاء للمشاورة على ما ذكرنا. ويمنع أن يحضر مع الخصم من ليس بوكيل له في المخاصمة.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: يستحب أن يسوي بينهما في مقعدهما والنظر إليهما وكلامه لهما، ولا يخص أحدهما بترتيب ولا نظرٍ ولا كلام، وليكن جلوس الخصوم بين يديه جثياً على الركب، ليتميز عن جلوس غيرهم فيكون أهيب. وينبغي أن يكون كلام الخصوم مقصوراً على الدعوى والجواب، وكلام القاضي مقصوراً على المسألة والحكم.

وقال في «الحاوي»(١): ينبغي أن يميز مجلس الحكم من غيره من خمسة أوجهٍ:

أحدها: فضل وقار القاضي، فلا يبدأ بكلامٍ أو سلامٍ، ويطرق رأسه على ما ذكرنا.

والثاني: أن يبعد مجلس الخصوم عنه.

والثالث: ألا يحضر مع الخصوم إلا من له تعلق بالحكم.

والرابع: أن يسوى بينهما على ما ذكرنا.

والخامس: أن يكون كلامهم مقصوراً على الدعوى والجواب كما ذكرنا.

فرع آخر

إذا أراد القاضي أن ينظر في الأمور عند جلوسه للقضاء، فأول ما يبدأ بالنظر فيه أمر

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٤٥).

المحبوسين، فيتصفح عن أحوالهم، ولا يحتاج فيه إلى متظلم إليه لعجز المحبوس عن التظلم، وهذا لأن الحبس عذاب، فهم أهم بالنظر من غيرهم.

فرع آخر

إذا بدأ بهم ينفذ إلى الحبس رجلين من إمائه حتى يكتب اسم من حبس له، وبأي شيء حبس. وقال بعض أصحابنا: [٨٥/ب] ينفذ إلى الحبس ثقةً أميناً ومعه شاهدا عدلٍ، وقيل: يبعث بثقةٍ ولا يعتبر العدد، وعندي الاحتياط في العدد ولكن يجوز أن يقتصر على واحدٍ؛ لأن طريقه الخبر.

فرع آخر

إذا أراد الأمين أن يكتب أسماءهم يقدم بالقرعة من خرجت عليه القرعة، وإذا حمل المكتوب إلى القاضي، ثم ينادي في الناس ثلاثة أيام إن كان البلد كبيراً، أو يوماً واحداً إن كان البلد صغيراً، أن القاضي يبدأ بالنظر في أمر المحبوسين، فمن كان له على محبوسٍ حق فليحضر في يوم كذا. وقيل: ينادي هكذا أولاً ثم يبعث ثقةً مع شاهدين ليكتبَ اسم المحبوسين، ولا بأس بهذا عندي.

فرع آخر

إذا اجتمعوا أقرع بين المحبوسين فيمن يقدمه في النظر، ولا يقرع بين الخصوم؛ لأن نظرهُ للمحبوسين على خصومهم، ثم إذا أقرع أحدهم أمر بإخراجه وينادي بإحضار خصمه، ولا يفتقر إخراج المحبوس إلى إذن خصمه؛ لأنه يخرج في حقه لا في حق حابسه. وقيل: إذا استبين خصم المحبوس الذي خرجت عليه القرعة وجههُ القاضي مع أمينه إلى الحبس حتى يأخذ بيد خصمه ويأتي به إلى مجلس الحكم.

فرع آخر

لو كان الحبس بعيداً أخرج بالقرعة جميع من يقدر على النظر بينهم في يومه قبل شروعه في النظر. فإذا تكاملوا بدأ بالنظر في أمر الأسبق بالقرعة السابقة ولا يستأنف قرعة ثانية، وإن كان الحبس قريباً من مجلس الحكم لم يخرج منه ثانياً إلا بعد فراغه من النظر في أمر الأول؛ [٨٦/أ] لأن المقصود اتصال نظره، ولا يتصل مع البعد إلا بإخراج كلهم، ويتصل مع القرب بإخراج واحدٍ.

فرع آخر

إذا تقدم المحبوس إليه سأله عن سبب حبسه، ولا يقتصر على السؤال الأول في الحبس وعارضه به، فإن اتفق جوابه عمل عليه، وإن اختلف جوابه عمل على أغلظ الأمرين من الأول والثاني، فإن ثبت في ديوان الحكم سبب حبسه قابله بما قال في الأول والثاني وعمل على أغلظ الثلاثة.

فرع آخر

إذا استقر العمل بأحد الأمور كان له فيما يذكره من سبب حبسه خمسة أحوال:

أحدها: أن يقول: حبسني تعزيراً في اللدد كان مني ولم يحبسني خصم، فقد استوفى حق التعزير بعزل الأول، وأن يستكمل مدة حبسه مع بقاء نظر الأول؛ لأن القاضي الثاني لا يعزر لذنبٍ كان مع غيره، ولم يطلقه لجواز أن يكون له خصم لم يذكره حتى ينادي أياماً بأن القاضي قد رأى إطلاق فلانٍ من حبسه، فإن كان له خصم قد حبس له فليحضر، فإذا مضت ثلاثة أيام ولم يحضر له خصم أطلقه بعد إطلاقه أنه ما حبس بحق خصم.

والحالة الثانية: أن يقول: شهد الشهود عليَّ بحقٍ له ولكن لم تثبت عدالتهم فحبسني لتعديلهم، فاختلف أصحابنا في جواز الحبس لاستكشاف حال الشهود، فقال أبو إسحاق: يجوز؛ لأن الخصم قد أتى بما عليه، وإنما بقي الاستكشاف الذي إلى الحاكم. وقال الإصطخري: لا يجوز ذلك؛ لأنه ربما لا يعد لأن يكون حبساً بحقٍ.

فإن قلنا بقول أبي إسحاق يرد إلى الحبس حتى يسأل عن أحوال الشهود. وإن قلنا بقول الإصطخري عليه بتكامل البينة بالعدد والصفة.

وقال بعض أصحابنا: إن قلنا بقول الإصطخري وكان القاضي قال: حكمت بحبسه لزم حبسه [٨٦/ب] باجتهاده، ولا يجوز إطلاقه، وإن لم يقل حكمت وجب إطلاقه، ولكن لا يعجل بإطلاقه حتى ينادي في الناس ثلاثة أيام على ما ذكرنا.

والحالة الثالثة: أن يقول: حبسني تعدياً بغير حقٍ ولغير خصم فقد ادعى ما يخالف الظاهر من أحوال القضاة، وحبسه حكم فلا ينقض إلا بتعيين الفساد، وعمل على بينةٍ إن كانت، فإن شهدت أنه حبس بحقٍ عزر في جرحه للقاضي الذي حبسه، وإن شهدت أنه حبس بظلم نادى ثلاثاً في حضور خصم إن كان له ثم أطلق بعد ثلاثٍ إن لم يحضر، وإن لم تقم بينة بأحد أمرين لزم بأن ينادي ثلاثاً على ما ذكرنا، فإن لم يظهر له خصم خلاه ولا يخليه حتى يحلفه أنه لا خصم له؛ لأن دعواه تخالف الظاهر هنا هذا بخلاف المسألة قبلها. وقال في «الحاوي»[1]: يعيده إلى حبسه ويكشف عن حاله حتى ييأس القاضي بعد الكشف من ظهور حق عليه، وطالبه بكفيل بنفسه ثم أطلقه.

فإن قيل: الكفالة بالنفس لا تصح إلا ممن يثبت عليه حق. قيل: الحبس من جملة الحقوق، فإن عدم كفيلاً استظهر في بقاء حبسه على طلب كفيلٍ ثم أطلقه عند إعوازه، وهو غاية ما يقدر عليه القاضي في استظهاره، فإن ظهر له خصم سأله، فإن أقر به حكم بينهما، وإن أنكر قيل: أنت مدعي ابتداءً فحكم أو أقم البينة أنه كان محبوساً بدينك وإلا حبسناه.

والحالة الرابعة: أن يقول: حبسني الخصم بما لا يستحق بإراقة خمرٍ وقتلِ خنزير، فإن كان الخصم مسلماً يطلقه، وإن كان الخصم ذمياً، فإن كان القاضي شفعوياً لا يرى وجوب غرمه كان حكمه باطلاً، وصار القاضي الثاني هو الحاكم، فإن كان شفعوياً

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٣٦ ـ ٣٩).

أيضاً لا يرى وجوب الغرم حكم بإطلاقه، وإن كان حنيفاً حكم بمذهبه حكم يحبسه إن امتنع، وإن كان [٨٧/ أ] القاضي الأول حنفياً يرى وجوب الغرم، فإن كان رأى القاضي مثل رأيه كان المحبوس على حبسه، وإن كان مخالفاً له لم ينتقض حكم الأول لنفوذه عن اجتهادٍ سائغ، وهل يجب إمضاؤه على الثاني؟ فيه قولان: **أحدهما**: يلزمه إمضاؤه؛ لأن اجتهاده انتقض بالاجتهاد.

والثاني: لا يلزمه إمضاؤه لبطلانه عنده، ويعيده إلى حبسه من غير أن يلزمه القضاء؛ لأنه لا يراه ولا يطلقه لأنه لا ينقض الحكم به وأقره فيه حتى يصطلحوا.

والحالة الخامسة: أن يقول: حبسني لخصم بحقٍ، فيسأل عن خصمه وعن الحق الذي حبس به، فإذا حضر وطالب فإن كان من حقوق الأبدان كالقصاص، فالحبس به غير مستحق؛ لأن تعجيل استيفائه منه ممكن وإن كان مالاً، فإن كان عيناً فإن استحقه بعقدٍ حكم فيه بما يوجب العقد من إقباض الثمن وتسليمه، وإن استحقه بغير عقدٍ كالمغصوب، فإن ثبت قبضها ببينةٍ حكم القاضي بتسليمها، وإن ثبت بإقراره رفع يده عنها، ولم يمنع المدعي منها ولم يحكم له بتسليمها لجواز أن تكون لغيره، وإن كان مالاً في الذمة أمره بقضائه إن كان مليّاً، وإن ادعى عسرة نظر في سبب الاستحقاق، فإن كان عن مقابلة مالٍ لم يقبل إلا بعد الكشف، وإن كان في غير مالٍ قبل قوله في العسرة مع يمينه، ووجب إطلاقه بها بعد النداء عليه، يقال: ألا إن فلان ابن فلان يُخلى، فإن كان له خصم آخر فليحضر، وهذا لجواز أن يكون له خصم آخر.

ولو أقام صاحب الدَّين البينة على أن للمحبوس مالاً، فإن لم يعين المال لم تسمع الشهادة للجهل بها، وإن عين المال بأن له هذه الدار، [٨٧/ ب] سُئل المحبوس، فإن اعترف بها حكم بقضاء الدين منها، ولو امتنع باعها عليه وقضى عنه دينه، وإن أنكرها فإن لم يقرّ بها لغيره لا يؤثر إنكاره وتباع عليه، وإن أقرّ بها لغيره فإن أحاله على إنسانٍ مجهول لا يعرفه بيعت عليه ولا يتوقف، وإن أحاله على معلوم وقال: هي لزيدٍ، سُئل زيد فإن أنكرها بيعت عليه ووكل القاضي عنه وكيلاً ببيعها، ولا يتولى القاضي مع إنكاره. وإن صدقه زيد قيل له: ألك بينة بأن الدار لك ملكاً، فإن أقامها حكم له بالدار؛ لأنه معه بإقرار المحبوس بينة ويداً، فكان أولى من بينة المحبوس مع زوال يده بالإنكار، وإن لم يكن له بينة ففي الحكم بها لزيدٍ وجهان:

أحدهما: يحكم بها لزيدٍ؛ لأن المحبوس قد أبطل بينة فبطل شهادتها وصار مقراً بها لزيدٍ فلزم إقراره.

والثاني: لا يحكم بها لزيد وتكون الدار ملك المحبوس؛ لأن البينة شهدت له بالملك، ولصاحب الدين بالقضاء، فإذا أكذبها ردت في حق نفسه ولم ترد في حق صاحب القرض، فإذا بيع المال عليه أو لم يبع ينادي عليه ويخلي.

وعلى ما ذكرنا لو قال: حبسني بحد الخمر، أو حد القذف لفلان، أو حد الزنا ينظر فيه ونحده إن لزمه الحد، ويخليه إلا إذا أمكن استيفاء الحد، فلا فائدة في

التأخير. وإذا أراد تخليته أمر بالنداء عليه على ما ذكرنا.

ولو قال: حبسني فلان من غير الحكم لا يقبل ذلك؛ لأنه خلاف الظاهر، ويستكشف على ما ذكرنا إذا قال: حبسني ظلماً، وإذا أراد أن يخليه حلفه، وقيل: إن كان فلان حاضراً أحضره [٨٨/أ] حتى يقيم عليه البينة أن له عليه حقاً وإلا أطلقه، وإن كان غائباً ففيه وجهان:

أحدهما: يطلقه؛ لأن الأصل أن لا حبس. **والثاني**: لا يطلق؛ لأن الظاهر أنه حبسه القاضي بحقٍ. ذكره بعض أصحابنا بخراسان.

فرع آخر

إذا فرغ من أمر المحبوسين على ما ذكرنا نظر في أمور الأوصياء؛ لأن الوصي ينظر في مال من لا يمكنه المطالبة بحقه، ولا يعبر عن نفسه، وهم الأطفال والمجانين والمساكين، فكان النظر في أمرهم أولى. ثم لا يخلو الوصي من أربعة أقسامٍ:

أحدها: أن يقيم البينة على أن الحاكم الذي نفذ وصيته وأطلق تصرفه في المال، فإن القاضي الثاني لا يتعرض له، ويمضي عليه ما ثبت من حكم الأول؛ لأن الظاهر أن الأول لم ينفذه إلا بعد ثبوت عدالته، إلا أن يعلم من حدوث فسقٍ أو خيانةٍ فينقضي ذلك.

والثاني: أن لا يكون الحاكم الأول نفذ وصيته، وأراد أن يقيم البينة عنده على الوصية، فإن الحاكم الثاني يسمع بينته، ونظر في عدالته، فإن كان عدلاً أمضاه، وإن كان فاسقاً انتزع المال من يده وجعله في يد أمينٍ عدلٍ. وإن شك في أمانته ففيه وجهان؛ قال الإصطخري: يقره في يده؛ لأن الظاهر الأمانة، كما لو نصبه الحاكم. وقال أبو إسحاق: ينتزع المال من يده حتى يعلم أمانته، ويفارق أمين الحاكم؛ لأن الحاكم لا ينصب إلا من هو ثقة مرضي، وإن كان أميناً ضعيفاً ضمَّ إليه أميناً يقويه.

والثالث: أن يقسم الوصي البينة أن فلاناً أوصى إليَه وأمره بتفرقة المال، وقال: قد فرقت، نظر الحاكم، فإن كانت الوصية لأقوام معينين لم يتعرض له قلوا أو كثروا؛ لأنهم يطالبون به وإن لم يوصله إليهم. وإن كانتَ الوصية لغير معينين مثل الفقراء والمساكين نظر، [٨٨/ب] فإن كان عدلاً لم يضمنه، وإن كان فاسقاً ضمنه؛ لأن الفاسق لا يكون وصياً، فكان تفرقة المال تعدياً منه عليه فيلزمه ضمانة، ورد تفريق ما يضمنه إلى أمينه حتى يفرقه عليهم، وليس للوصي أن يرجع على المساكين بما فرقه وإن صدقوه على الوصية؛ لأنه مقرٌ بوصوله إليهم بحقٍ، ذكره في «الحاوي»[1].

وإن كان فسقه خفياً يحتاج إلى الاجتهاد نفذ تصرفه ولا يضمنه إلا بالتعدي ما لم يحكم بفسقه، وإذا كان الفسق ظاهراً وباع شيئاً من التركة فسخ بيعه وإن لم يكن عرف

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٤٠).

المال بعد، فإن كان عدلاً قوياً فهو أكمل الأوصياء حالاً فيقره في يده ونفذ وصيته؛ لأنه من أهل الولاية. وإن كان أميناً ضعيفاً لا يقدر على التفرد بتنفيذ الوصية يضم إليه أميناً يقوى به في تنفيذها.

وإن كان فاسقاً عزله؛ لأن الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا كان خائناً في الأمانة فاسقاً في الديانة ثقة في الأمانة، فإن كانت الوصية بالولاية على الأطفال أو بتفريق الثلث في غير معينين انتزعها منه وردها إلى غيره، وإن كانت لتفريق الثلث لمعينين أو في قضاء الدين لمسمين يجوز أن يقرها في يده، والفرق أن في تلك ولاية واجتهاد وليس الفاسق من أهلها، وهذه مقصورة بالتعيين على التنفيذ دون الاجتهاد.

والرابع: أن يقول: إن فلاناً أوصى بتفرقة هذا المال وخفت عليه الهلاك ففرقته بنفسي، ولم تكن الوصية إليَّ وأقام البينة على الوصية، فإن كان لأقوام معينين لم يتعرض له حتى يدعي من له الوصية، وإن كان لأقوام بأوصافٍ مثل الفقراءَ والمساكين فيه وجهان؛ [٨٩/أ] **أحدهما**: يضمن؛ لأنه متعدي بتفرقته.

والثاني: لا يضمن؛ لأنه قد أوصله إلى أصحابه ووضعه في موضعه، والأول أصح عندي.

واعلم أنه إذا أراد النظر في أمور الأوصياء، بدأ بمن يرى من غير قرعةٍ بخلاف المحبوسين؛ لأن هذا من نظر اجتهادٍ، ولأن النظر فيه عليهم لا لهم.

وقيل: للوصي ثلاثة أحوالٍ: **أحدها**: أن يكون وصياً في الولاية على الأطفال أو المجانين فيلزمه في حقهم ثلاثة أشياء؛ حفظ أصول أموالهم، وتمييز فروعها، والنفقة عليهم بالمعروف.

والثانية: أن يكون وصياً في تفريق الثلث وقضاء الدين، فلا يتعداه إلى ولاية الأطفال، ونظر في الوصية فإن كانت لمعينين سقط اجتهاده فيها، وصرف الدين والثلث إلى المسلمين، وإن كانت في موصوفين وصاروا بعد الدفع فيها كالمعينين، فإن عدل عن أهل تلك الصفة إلى غيرهم لم يجز، وضمن لأهل تلك الصفة، ولا يكون له استرجاع ما دفع إليهم إلا أن يصدقوه على الوصية والصفة.

والثالثة: أن يكون وصيّاً في الأمرين من ولاية الأطفال، وتفريق الثلث فهي الوصية العامة، فيلزمه أن يعمل في كل واحدٍ منهما ما كان يعمله لو تفرد به، فإذا عرف القاضي كيفية الوصية اختبر حال الوصي في أمانته وثبوته على ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا فرغ من أمر الأوصياء نظر في أمور الأمناء، فالأمين هو الذي ينصبه القاضي في أموال الأيتام الذين لا وليَّ لهم، وفي أموال المحجور عليهم للسفه ينظر في أمرهم، فإن لم يكن حالهم تغيرت وكانوا من أهل الأمانة والنظر أقرهم، وإن تغيرت حالهم عزلهم، وإن أراد يولي غيرهم ويعزلهم من غير تغيير حالهم [٨٩/ب] كان له ذلك،

والفرق بين هذا وبين الوصي حيث قلنا ليس له أن يعزله إن توليه الوصي ابتداء لم تكن إليه، وتولية هذا إليه إن لم يكن القاضي الأول ولاه فكان له عزله أيضاً، وإن وجد فيه ضعفاً فالقاضي بالخيار بين أن يضم إليه قوياً من أمنائه، أو ينتزع من يده إلى قوي بخلاف الوصي.

وقال في «الحاوي»[1]: يعتبر فيهم ثلاثة أشياء. **أحدها**: ما هم عليه من قوة وأمانة.

والثاني: ما يتصرفون فيه من الولاية عن الأطفال والنظر في الأموال.

والثالث: ما فعلوه فيها من قبل وما يستأنفوه من العمل فيها من بعد.

ويبدأ بمن يراه منهم من غير قرعةٍ كالأوصياء، ولا يخلو حال الأمين فيها من أربعة أحوالٍ:

أحدها: أن يكون عدلاً وقد فعل ما جاز فيكون على ولايته ونفاذ فعله.

والثانية: أن يكون عدلاً وقد فعل ما لم يجز بالجهالة فيكون على ولايته، ويرد ما فعله ويضمن إن فات استدراكه. **والثالثة**: أن يكون فاسقاً وقد فعل ما جاز، فولايته باطلة بفسقه، ولا يضمن ما تعين ويضمن ما لم يتعين كالوصي.

والرابعة: أن يكون فاسقاً وفعل ما لم يجز فولايته باطلة ويرد ما فعل ويضمن ما تصرف فيه.

فرع آخر

لو ادّعى هذا الأمين أجرة جعلها له الحاكم قبله، فإن أقام بينة أعطاه إذا لم يرد على أجرة مثله، وإن عدم البينة ففي استحقاقها وجهان مبنيان على الوجهين إذا ركب الدابة من ادعى إعارتها، وادعى المالك إجارتها، فإن قلنا هناك لا أجرة لمالك الدابة فلا أجرة للأمين هنا. وإن قلنا هناك يلزم الأجرة تلزم الأجرة هنا.

فرع آخر

إذا فرغ من أمور الأمناء نظر في أحوال الضوال [٩٠/أ] واللقطة، فربما يكون من الناس من لا يختار وتملك اللقطة فيتركها عند الحاكم، فينظر الحاكم في ذلك فما لا يخاف تلفه ولا يلزمه مؤنةٌ في حفظه حفظه على صاحبه، وما يلزمه مؤنة في حفظه أو يخاف عليه التلف كالمواشي وغيرها باعها وحفظ ثمنها على صاحبها، وإن كانت دراهم أو دنانير أو نحو ذلك أخذها الحاكم وجعلها في بيت المال معرفة له عن خبرها، حتى إذا جاء صاحبها ردها عليه أو خلطها في مال بيت المال.

وقال في «الحاوي»[2]: جملة ما ذكرنا أن القاضي يبدأ بالنظر في الأمانات وهي خمسة:

أحدها: أن يتسلم ديوان الحكم ممن كان قبله.

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٤١).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٣٥).

والثانية: أن يتصفح أحوال المحبوسين. **والثالثة**: النظر في أمور الأوصياء.

والرابعة: النظر في أمور الأمناء.

والخامسة: النظر في الوقوف العامة والخاصة.

ففي العامة لا يقف النظر على مطالبةٍ؛ لأن مستحقها لا يتغير. وفي الخاصة؛ لأن مصرفها إلى معين من الفقراء، فينظر هل يصل إليهم؟ وهل يستحق الولاية على من يعين منهم بصغرٍ أو جنونٍ، وليعلم سبيلها فتحمل على شروط واقفيها، وإن تغير حال الوالي عليها فعل به ما قدمناه في الأولياء والأوصياء.

فرع آخر

يجب على القاضي بعد تصفح حال الأمناء والأوصياء أن يثبت في ديوانه حال كل أمينٍ ووصيٍ فيما بيده من الأموال، ومن يلي عليه من الأيتام، ليكون حجة للجهتين، فإن وجد ذكره في ديوان القضاء الأول عارض به وعمل بأحوطها، وإذا تطاول مدة الوقف سجل به لتكون الحجة باقية ويثبته في ديوانه.

مسألة

قال(١): «وإذا بان له من أحد الخصمين لدد نهاه».

الفصل: أراد باللدد شدة اللجاج [٩٠/ب] والخصومة. وفي اللغة: اللدد الالتواء والميل، يقال: لديد الوادي وهما جانباه لأنهما يكونان ملتويين، وسمي الوجور من أحد الشدقين لدوداً؛ لأنه يميل يقال: خصم ألدُّ وخصوم لد. قال الله تعالى: ﴿**لتنذر به قوماً لداً**﴾ [مريم: ٩٧]، وقال تعالى: ﴿وَهُوَ أَلَدُّ ٱلْخِصَامِ﴾ [البقرة: ٢٠٤]، وهو لا يميل ولا يستقيم على جهةٍ واحدةٍ، ويقال: فلان يتلدد إذا كان يتلفت يميناً وشمالاً. فإذا تقرر هذا، فهذا اللدد يوجد من الخصم ويظهر للحاكم من وجوهٍ؛ **أحدها**: أن يقول: استحلف الخصم فإذا كان في أثناء التحليف يقول: اقطع فلي بينة، ثم لا يكون له بينة أو يقدمه إلى الحاكم، فإذا أراد أن يحكم يقول: لي بينة، ثم يمضي ويقدمه مرةً أخرى، ولا يكون له بينة، فإذا أراد أن يحكم يقول: لي بينة ويتكرر منه ذلك بحيث يعلم أنه يقصد الإضرار والتعنت، أو يحمله إلى مجلس الحكم ويهرب ثم يعود من الغد ويحمله ثانياً ونحو ذلك، فإذا بان للحاكم ذلك أول دفعةٍ نهاه ولا يبدؤه بزبرٍ ولا زجر، فإن عاد ثانياً زبره وزجره، ويعتبر ذلك من وجهين؛ **أحدهما**: بحسب لدده.

والثاني: على قدر منزلته. فإن عاد ثالثاً ضربه أو حبسه تعزيراً يجتهد فيه بحسب اللدد على قدر المنزلة.

وقيل: في الأول نهاه، وفي الثاني زبره، وفي الثالث زجره وأغلظ القول، وفي الرابع عزره وهذا حسن عندي، وهو اختيار القاضي الطبري، وإنما يبدأ بالنهي لأنه

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤١).

ربما فعل ذلك ليضيق صدره، ثم إذا عاد يزيد في درجة النهي، وعلى هذا.

فرع

لو كان في لدده شتم وفحش وكان سفيهاً ضربه بالنعل وأطراف الثياب على مقداره، وإن كان شيخاً ساكتاً يمنع الحق ويخرج عن الواجب باللدد حبسه، فإن جمع [٩١/أ] في لدده بين الأمرين جاز أن يجمع في تعزيره بين الضرب والحبس.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: يضرب ضرب تأديب بالدرة ضرباً رقيقاً لا يؤلم ألماً شديداً ولا يضربه بالسوط لأنه ينكأ في البدن ولا يصنعه؛ لأنه بذله ولا يبطحه ولا يمده.

فرع آخر

لو ردَّ على القاضي وأغلظ له القول، فإن رأى تأديبه فعل، وقد ترك النبي ﷺ التأديب في قصة الزبير مع الأنصاري حين قال: إن كان ابن عمتك. وقيل: إن النبي ﷺ عزره حين قال للزبير: «أمر الماء على بطنه واحبسه حتى يبلغ الجدر»، وهذا القول منعه تعزيراً. وروي أنه كان يقسم الصدقات، فقال له رجل: اعدل، فقال: «ويلك إذا لم أعدل فمن يعدل». وهذا القول تعزيراً، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿وَمِنْهُم مَّن يَلْمِزُكَ فِى ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [التوبة: ٥٨] الآية.

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه: «وأحب أن لا يكون القاضي جباراً عسوفاً عيياً ولا ضعيفاً مهيناً»؛ لأنه إن كان جباراً تهيبه الخصوم فلا يتمكنون من استيفاء حجتهم، وإن كان مهيناً ضعيفاً انبسطوا بين يديه واستخفوا به، ولكن يكون بين أمرين معتدل الأحوال وقوراً، كما وصف أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ شديد من غير عنف، ولين من غير ضعف. وقال عمر رضي الله عنه: لا يصلح لأمور الأمة إلا رجل قوي من غير عنف، ولين من غير ضعف، لا يأخذه في الله لومة لائم».

مسألة

قَالَ(١): «وَيُشَاوِرُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]». اعلم أنه إذا أراد القاضي أن يقضي، فإن كان يقضي في أمرٍ ظاهرٍ عليه نص كتابٍ، أو سنةٍ، أو إجماعٍ أو قياسٍ، لا يحتمل إلا معنًى [٩١/ب] واحداً لا يحتاج في ذلك إلى المشاورة، إنما ترد للاجتهاد والنظر، وهذا أمر ظاهر لا يحتاج فيه إلى الاجتهاد والنظر، وإن كان يقتضي في أمرٍ خفي يحتاج فيه اجتهاد ونظر، يستحب له أن يشاور لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِى ٱلْأَمْرِ﴾.

قال الحسن البصري رحمه الله: إن كان رسول الله ﷺ لغنياً ولكن أراد أن يستن

---

(١) انظر الأم (٥/٢٤١).

بذلك الأئمة والقضاة بعده(١). وقال تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [الشورى: ٣٨]، وقال رسول الله ﷺ: «المستشير معان والمستشار مؤتمن»(٢). وقد شاور رسول الله ﷺ أصحابه في أسارى بدرٍ، فأشار أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ بالفداء، وأشار عمر بالقتل، فأخذ برأي أبي بكر الصديق وفادى، فأنزل الله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُۥٓ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٦٧]، الآية، فقال ﷺ: «لو نزل عذاب من السماء لما نجا منه إلا عمر بن الخطاب»(٣). وشاور أهل المدينة في شيئين؛ في حفر الخندق حتى اتفقوا عليه، وفي صلح الأحزاب على ثلث ثمار المدينة، فقالوا: إن كان الله أمرك بهذا فالسمع والطاعة لأمر الله تعالى، وإن كان غير ذلك فلا نطعمهم فينا فإنهم في الجاهلية لم يكونوا يصلون إلى ثمرة إلا بشراء أو قرى فامتنع. وشاور أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ الصحابة في الجدة أم الولد هل ترث؟ وشاورهم عمر ـ رضي الله عنه ـ في أم الأب وفي دية الجنين [٩٢/أ] التي أجهضت ما في بطنها. وشاورهم عثمان ـ رضي الله عنه ـ في الأحكام. وقال الزهري: قال أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ ما رأيت أحداً أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ.

وقال عمر بن عبد العزيز: القاضي لا ينبغي أن يكون قاضياً حتى يكون فيه خمس خصالٍ؛ يكون عفيفاً حليماً عالماً بما كان قبله، مستشيراً ذوي الألباب، لا يبالي بملامة الناس(٤). ولأنه إذا شاور يكون أقطع للتهمة وأوضح لحكم المسألة، ويتنبه بالمشاورة ويتذكر بها ما نسيه. وقيل: كان علي ـ رضي الله عنه ـ قليل الاستشارة في الأحكام؛ لأنه قد شاهد استشارة من قبله فاكتفى بها. وقيل: لأنه لم يبق في عصره عديل يشاوره. وقيل: كان استشارة رسول الله ﷺ في أمور الدنيا ومصالحها. واختلف أصحابنا في استشارته في الدين والأحكام كاختلافهم، هل له أن يجتهد رأيه فيها، فقال بعضهم: ما استشار ﷺ في الدين ولا في الأحكام؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ۝٣ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ ۝٤﴾ [النجم: ٣، ٤]، وقال آخرون: استشارهم في الدين والأحكام، فمنه ما شاورهم في علامةٍ تكون لأوقات الصلوات، فأشار بعضهم بالناقوس وبعضهم بالقرن والقصة معروفة. وشاور أصحابه في حد الزنا والسارق، فقالوا: الله ورسوله أعلم، فقال: «هن فواحش وفيهن عقوبة»(٥) حتى أنزل الله تعالى فيهما ما أنزل، [٩٢/ب] وهذا قول من جعل الاجتهاد رأيه فيها.

وأما غير رسول الله ﷺ من الصحابة ومن بعدهم فمشاورتهم في مصالح الدنيا

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٣٠٤). (٢) أخرجه ابن عبد البر في «التمهيد» (٨/ ٣٧٠).

(٣) أخرجه أحمد (٥/ ٢٧٤)، وأبو داود (٢٨١٥، ٢٨٢٢)، وابن ماجه (٣٧٤٥)، والدارمي (٢/ ٢١٩)، وابن حبان (١٩٩١).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٣٠٨).

(٥) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٦٧)، والشافعي في «مسنده» (١٦٣)، وعبد الرزاق (٣٧٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٦٩٠١).

وأحكام الدين فما يختص منها بالدنيا ندب إليه عقلاً، وما اختص منها بالدين ندب إليه شرعاً، ولو لم يشاور وحكم نفذ إذا لم يخالف نصاً، أو إجماعاً، أو قياساً جلياً، وليس على أهل الشورى أن يعارضوه فيه، ولا يمنعوه منه إذا كان مسوغاً في الاجتهاد.

مسألة

قَالَ[1]: «وَلاَ يُشَاوِرُ إِذَا نَزَلَ بِهِ المَشْكِلُ إِلاَّ أَمِيناً عَالِمَاً بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالآثَارِ».

الفصل

اعتبر فيمن يشاور شروط المفتي وذكر سبع شرائط؛ الأمانة، والعلم بالكتاب، والعلم بالسنة، والعلم بالآثار ـ يعني أقاويل الصحابة ـ والعلم بأقاويل الناس ـ يعني العلماء بعدهم ـ فيما أجمعوا عليه وفيما اختلفوا فيه، والعلم بالقياس، والعلم بلسان العرب.

ومعنى قوله: عالماً بالكتاب والسنة: أن يكون مع العلم بمعانيهما مهدياً إلى ترتيب أحدهما على الثاني عند تقابل المختلفين، ولا يشاور العوام؛ لأن القصد من المشورة طلب الفائدة، ولا يكون ذلك إلا بالمشورة مع العلماء. واعلم أن المشكل وغير المشكل في ذلك سواء، وإن خص الشافعي ـ رضي الله عنه ـ فقال: «إذا نزل به المشكل».

فرع

يجوز أن يشاور الأعمى، والعبد، والمرأة؛ لأنه يعتبر فيمن يشاور شروط المفتي، ولا يعتبر في المفتي البصر والحرية والذكورة، وإنما يعتبر شرطان؛ العدالة المعتبرة في المخبر دون الشاهد؛ لأن الحرية شرط في الشاهد دون المفتي، [٩٣/أ] والثاني أن يكون من أهل الاجتهاد، فإنه يحيط علمه بخمسة أصولٍ:

أحدها: علمه بكتاب الله تعالى في معرفة ناسخه ومنسوخه، ومحكمه ومتشابهه، ومفسره ومجمله، وعمومه وخصوصه وإن لم يقم بتلاوته.

والثاني: علمه بسنة رسول الله ﷺ ومعرفة أخبار التواتر والآحاد، وصحة الطرق والإسناد، وما تقدم منها وما تأخر، وما كان على سببٍ وغير سببٍ وإن لم يسمعها مسندة إذا عرفها من وجوه الصحة.

والثالث: علمه بالإجماع والاختلاف وأقاويل الناس، ليتبع الإجماع ويجتهد في المختلف فيه.

والرابع: علمه بالقياس الجلي والخفي، وقياس المعنى وقياس الشبه، وصحة العلل وفسادها.

والخامس: علمه بالعربية فيما تدعو إليه الحاجة من اللغة والإعراب؛ لأن لسان

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤١).

الكتاب والسنة عربي، فيعرف لسان العرب وصيغة ألفاظهم، وموضوع خطابهم، ليفرق بين الفاعل والمفعول، وحكم الأوامر والنواهي في الندب والإرشاد، والعموم والخصوص. فإن قيل: هذه الشرائط لا تجتمع في أحدٍ فيكون سد باب الاجتهاد والفتوى. قيل: لم يرد الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن يكون محيطاً بكلها، بل إذا علم الأصول الخمسة وأشرف عليها حتى ينتبه بما علم على ما لا يعلم، وإن لم يصر أعلم الناس بها جاز أن يفتي، وجاز أن يُستفتىٰ، وجاز أن يشاوره القاضي في الأحكام النازلة.

فرع

لا فرق بين المفتي الذي يوافق القاضي في مذهبه وبين المفتي الذي يخالفه؛ لأنه لا يمتنع عنه الجواب بل يسأله عن الدليل وعن التعليل، وقد قال الشافعي رضي الله عنه: «ويجمع الموافقين والمخالفين [٩٣/ب] ليذكر كل واحد دليله ويتناظروا فيه فيظهر الحق وتنفتح له طرق الاجتهاد». وقال أيضاً: «ويجمع المختلفين لا يتأسد لتقصيه العلم» أي لاستقصائه ولكشف بعضهم عن بعضٍ. وقيل: التقصي الكشف بالسؤال والمناظرة في طلب الصواب.

فرع آخر

لو كان فاسقاً لم يحمل على قوله فيما تعلق بالرواية والفتيا. واختلفوا في جواز مباحثته فيما يتعلق بالمعاني والاستنباط، فقال ابن أبي هريرة لا يجوز؛ لأنه لا يوثق به حذراً مما يستحدثه من شبهةٍ فاسدةٍ. وقال آخرون: يجوز؛ لأنه ربما ينكشف بمناظرته وجه الصواب؛ لأنه لا يؤخذ بقوله بل يُحمل على ما تنتهي إليه المناظرة من وضوح الصحة والفساد.

فرع آخر

لا يعول على مشاورة واحدٍ، بل يجمع عدداً ينكشف بمناظرتهم ما غمض، ولا يقلدهم وإن كانوا عدداً.

مسألة

قَالَ(١): «وَلاَ يَقْبَلُ وَإِنْ كَانَ أَعْلَمَ مِنْهُ حَتَّى يَعْلَمَ كَعِلْمِهِ أَنَّ هَذَا لاَزِمٌ لَهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ تَخْتَلِفِ الرِّوَايَةُ فِيهِ، أو بِدَلاَلَةٍ عَلَيْهِ، أَوْ أَنَّهُ لاَ يَحْتَمِلُ وَجْهاً أَظْهَرَ مِنْهُ» فأما أن يقلده فلم يجعل الله ذلك لأحد بعد رسول الله ﷺ.

معنى هذا الفصل ما شرحه في الأم فقال: «ولا يقبل من المشير الإشارة حتى يخبره أنه أشار به من حيث يلزم، وذلك كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس على هذا، ولا يقبل إذا قال هذا له حتى يقفه عليه ويعقل منه ما عقل، وحتى يسأل هل له وجهٍ يحتمل غير

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).

الذي قال، وأن الآية وجهان، أو سنة رويت مخففة، أو سنة ظاهرها يحتمل وجهين لم يعمل بأحد الوجهين حتى يجد دلالته في كتابٍ، أو سنةٍ، أو إجماعٍ، أو قياسٍ على أن الوجه الذي [٩٤/أ] عمل به هو الوجه الذي يلزمه، والذي هو أولى به من الوجه الذي تركه، وهكذا لا يعمل بالقياس أبداً حتى أولى بالشبه بالكتاب أو السنة أو الإجماع». والمقصود أنه لا يعمل بالتقليد وإنما يعمل بما يؤدي إليه اجتهاده، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وأحمد.

وقال أبو حنيفة: إن كان القاضي أعلم من مخالفه عمل على اجتهاد نفسه، وإن كان مخالفه أعلم منه عمل على اجتهاد مخالفه. وقال بعض أصحابنا ببغداد: إذا لم يبن له حكم الحادثة جاز له ترك الاجتهاد إلى قول من يوافقه، ولا يجوز أن يعمل بقول غيره وهو يعتقد خطأه، وظاهر مذهب أبي حنيفة ما تقدم. واحتج عليه بأنه قول من هو أعلم منه عنده إذا صار إليه، فهو ضرب من الاجتهاد وهذا لا يصح؛ لأنه من أهل الاجتهاد يجوز له التقليد كما لوْ قلد من هو مثله.

وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأن من هو أعلم منه يجوز عليه الخطأ، فإذا اعتقد أن ما قاله خطأ لم يجز أن يعمل به، وجوز بعض العلماء تقليد علماء السلف، وجوز بعض أصحاب الحديث تقليد الصحابة والتابعين دون غيرهم لقوله ﷺ: «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم»[1]. ومنهم من قال: يجوز تقليد الأربعة من الخلفاء ولا يجوز تقليد غيرهم. وقال بعضهم: يجوز تقليد أبي بكر وعمر ـ رضي الله عنهما ـ خاصةً لقوله ﷺ: «اقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر»[2].

فإن قيل: ما قاله الشافعي ـ رضي الله عنه ـ خطأ؛ لأنه جعل القبول من النبي ﷺ تقليداً. قلنا: لم يرد به حقيقة التقليد، وإنما أراد به القبول من غير السؤال عن وجهه، وهل يقع عليه اسم التقليد؟ فيه وجهان؛ فمن قال بتناوله الاسم احتج بهذا الاستثناء، [٩٤/ب] فإن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ استثنى ذلك من التقليد في الجواز، وهذا هو الصحيح من المذهب. ومن قال لا يتناوله قال: هذا استثناء من غير الجنس ـ أي التقليد ـ لا يجوز، لكن قبول قول رسول الله ﷺ جائز.

فرع

لو لم يصل القاضي باجتهاده إلى حكم الحادثة ففي جواز تقليده فيها وجهان: قال ابن سريج: يجوز أن يقلد فيها للضرورة، ويحكم فإنه ما من حاكم عالمٍ إلا يجوز أن يشكل عليه أحكام بعض الحوادث. وقال أبو إسحاق: لا يجوز، بل يستخلف عليها

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٢٢٤)، ومسلم (٢١١/ ٢٥٣٣)، والترمذي (٣٨٥٩)، وأحمد (١/ ٣٧٨، ٤٤٢)، وابن أبي شيبة (١٢/ ١٧٦)، وابن حبان (٢٢٨٥).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٣٨٢، ٣٩٩)، والترمذي (٢٢٩٩)، وابن ماجه (٩٧)، وابن حبان (٦٨٦٣)، والحاكم (٣/ ٧٥).

من يحكم باجتهاده إن ضاق وقت الحادثة لا الحاكم ملزم، فلا يجوز أن يلزم ما لا يعتقد لزومه، وصورة التضييق أن يتقدم إليه مسافران في حادثة والقافلة ترحل ويخافان الانقطاع عنها.

فرع آخر

فإذا تقرر فساد التقليد وجب النظر في أصول الشرع ليصل إلى العلم بموجبها، وقال قوم من السلف: لا يجب النظر ويعوَّل على الإلهام، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ﴾ [فصلت: ٥٣]، الآية، وقال أيضاً عزّ وجلّ: ﴿وَمَا ٱخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَىْءٍ فَحُكْمُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [الشورى: ١٠]، يعني إما بالنص على حكمه، وإما بالنص على أصله.

فصل

ذكره القاضي الإمام صاحب «الحاوي»(١) رحمه الله تعالى في هذا الموضع يتصل بالأصول والفروع، فأوردته على وجهه حتى لا يشذ منه شيء، قال: إذا ثبت وجوب النظر [في الأصول الشرعية](٢) فالسبب المؤدي إلى معرفة الأصول والعمل بها شيئان: علم الحس(٣) والعقل؛ لأن حجج العقل أصل لمعرفة الأصول، إذ لا تعرف صحة الأصول إلا بحجج العقول، ولذلك لم يرد الشرع إلا بما أوجبه العقل أو جوزه، ولم يرد بما حظره العقل [٩٥/أ] وأبطله، قال الله تعالى: ﴿وَتِلْكَ ٱلْأَمْثَٰلُ نَضْرِبُهَا لِلنَّاسِ ۖ وَمَا يَعْقِلُهَآ إِلَّا ٱلْعَٰلِمُونَ ﴿٤٣﴾﴾ [العنكبوت: ٤٣]، أي لا يعلمها إلا العاقلون. وقال تعالى: ﴿إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّأُو۟لِى ٱلنُّهَىٰ﴾ [طه: ٥٤] أي العقول. والسبب الثاني في معرفة الأصول الشرعية معرفة لسان العرب، وهو معتبر في حجج السمع خاصة، قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِۦ﴾ [إبراهيم: ٤] الآية، وهذا لأنه لا يخاطبهم إلا بما يفهمونه ليكون حجةً لهم وعليهم. وقال تعالى: ﴿لِّسَانُ ٱلَّذِى يُلْحِدُونَ إِلَيْهِ أَعْجَمِىٌّ وَهَٰذَا لِسَانٌ عَرَبِىٌّ مُّبِينٌ﴾ [النحل: ١٠٣]، فاحتاج الناظر إلى معرفة لسانهم، وموضوع خطابهم، ليفرق بين الحقيقة والمجاز، وبين الإثبات والنفي، وبين المطلق والمقيد، وبين العام والخاص، وبين المفسر والمجمل، والناسخ والمنسوخ، والفاعل والمفعول، ويعرف صيغة الأوامر والنواهي، فإن قصر عنها لم يصح منه، ولا نعني به أن يكون عالماً بجميع لغتهم وإعراب كلامهم؛ لأن التشاغل به يقطعه عن عمل ما سواه، وإنما نعني به أن يكون عالماً بموضوع كلامهم ومشتمل خطابهم، وهو مشهور على أربعة وجوه؛ أمر، ونهي، وخبر، واستخبار.

فأما من لا يقصد النظر المؤدي إلى العلم فالذي يلزمه من معرفة العربية ما يجب أن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٥٤، ٥٥).

(٢) ما بين المعقوفتين سقطت من الأصل، واستدركناها من الحاوي.

(٣) هذه اللفظة وردت بالحاوي (الحق).

يتلوه في صلاته من القرآن والأذكار دون غيره، فإذا جمع الناظر بين هذين الشيئين من العقل[1] ولسان العرب صح منه النظر في الأصول.

واختلفوا في العبارة عن الأصل والفرع، فقيل: الأصل ما دل على غيره، والفرع ما دل عليه غيره، وقال آخرون: الأصل ما تفرع منه غيره والفرع ما تفرع عن غيره. ثم اعلم أن أصول الشرع أربعة؛ الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس. فالأصل الأول: [٩٥/ب] كتاب الله تعالى الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، قال الله تعالى: ﴿هَٰذَا كِتَٰبُنَا يَنطِقُ عَلَيْكُم بِٱلْحَقِّ﴾ [الجاثية: ٢٩]، وقال تعالى: ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِى ٱلْكِتَٰبِ مِن شَىْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨]، وقال تعالى: ﴿وَمَا ٱخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَىْءٍ فَحُكْمُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [الشورى: ١٠].

وكلام الله يشتمل على ثلاثة وجوه؛ أمرٌ، ونهيٌ، وخبرٌ، وليس فيه استخبار لعلمه بما كان وما يكون، وما ورد فيه على صيغة الاستخبار والاستفهام، فالمراد به تقريرٌ أو عيدٌ، ومن أصحابنا من حل ما فيه بأخص من هذه العبارة، فقال: لأنه يشتمل على إعلام وإلزام.

فالإعلام وعد أو عيد، وليس يخلو ما فيه من القصص[2] من أن يراد به وعد أو عيد، والإلزام أمر ونهي، فالأمر ما تقيد بلفظه، والنهي ما تقيد بتركه.

والأمر ينقسم بالقرائن ثلاثة أقسام، واجبٌ، واستحبابٌ، ومباحٌ، فإن تجرد عن قرينة كان محمولاً عند الشافعي على الوجوب إلا بدليل تصرفه عن ظاهره. وقال غيره: هو محمول على الاستحباب، وقال جماعة: هو موقوف، وما قاله الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أولى لفرق ما بين ورود الأمر وعدمه.

والنهي ينقسم إلى ثلاثة أقسام: تحريم، وكراهة، وتنزيه، فإن جرد عن قرينة؛ قال الشافعي: «يحمل على التحريم والفساد». والأمر يقتضي فعل المأمور به مرة واحدة، ولا يحمل على التكرار إلا بدليل. والنهي يقتضي ترك المنهي عنه دوماً. والنهي يقتضي الفور.

وفيما يقتضيه مطلق الأمر من الفور والتراخي وجهان؛ **أحدهما**: يحمل على الفور كالنهي، **والثاني**: على التراخي.

وقد يرد الأمر بلفظ الخبر كقوله: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ويجوز أن يتوجه إليه الفسخ. وقال قوم: لا يجوز كالخبر، وهذا فاسد لأنه في معنى الأمر، [٩٦/أ] ومطلق الأمر والنهي متوجه إلى جميع الأحرار من الرجال والنساء، وفي دخول العبيد فيها ثلاثة أوجه:

---

(١) لفظة العقل ورد بدلاً منها بالحاوي: علم الحواس.

(٢) في الحاوي: النصوص.

أحدها: يدخلون فيه لتوجه التكليف إليهم.

والثاني: لا يدخلون فيه إلا بدليل؛ لأنهم أتباع الأحرار.

والثالث: إن تضمن الخطاب تعبداً توجه إليهم، وإن تضمن ملكاً أو عقداً أو ولاية لم يدخلوا فيه.

وإذا ورد الخطاب باللفظ المذكور لا يدخل النساء فيه إلا بدليل، كما لو ورد بلفظ المؤنث لا يدخل فيه الرجال إلا بدليل، وهذا متفق عليه، وهذا مختلف فيه.

وما تضمنته شرائع من قبلنا فما لم يقصه الله تعالى علينا لم يلزمنا حكمه لانتقاء العلم بصحتهِ، وأما ما قصه علينا في كتابه العزيز يلزمنا منه ما شرعه إبراهيم - عليه السلام - لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ أَنِ ٱتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ حَنِيفًا﴾ [النحل: ١٢٣]. وفي لزوم ما شرعه غيره من الأنبياء وجهان؛ **أحدهما**: يلزم لكونه حقاً ما لم يقم دليل على نسخه.

والثاني: لا يلزم لكونه منسوخاً.

فصل

اعلم أن الذي يشتمل عليه نصوص الكتاب في الأحكام خمسمائة آية، وهي تنقسم ستة أقسام:

أحدها: العموم والخصوص، فالعموم الجمع والاشتراك، وأقل الجمع ثلاثة، ومن جعل أقل الجمع اثنين جعلها أقل العموم والخصوص هو الانفراد، وأقل الخصوص واحد، ويجوز أن يكون الخصوص مخرجاً لأقل العموم إذا انطلق على الباقي اسم العموم كالاستثناء، ويكون المخصوص غير مرادٍ بالعموم خلاف النسخ، ويصير المراد بالعموم هو الباقي منه بعد الخصوص. ويجوز تخصيص العموم المؤكد كما يجوز تخصيص العموم المطلق. وقال بعض العلماء: لا يخصص المؤكد منه، وهذا غلط لوجود الاحتمال بعد التأكيد كوجوده من قبل. ثم العموم ثلاثة أحوالٍ: [٩٦/ب] **أحدها**: أن يقترن به من الدلائل أو الشواهد ما يوجب حمله على العموم، كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية، فهو محمول على العموم في تحريم الأمهات والبنات من تخصيصٍ.

والثانية: أن يقترن به ما يدل على تخصيصه كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣] ثم قال ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] الآية.

والثالثة: أن يطلق، قال أهل الظاهر: لا صيغة للعموم توجب العمل بها، والواجب فيه التوقف حتى يقوم دليل على المراد بها كالمجمل. وقال بعض المتكلمين: يجب استعماله على عمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه من غير نظرٍ ولا اجتهادٍ امتثالاً لموجب الأمر. وقال أهل العراق إنه قبل التخصيص مستعمل على عمومه من غير اجتهادٍ ولا نظرٍ، وبعد التخصيص مجمل لا يستعمل إلا بعد البيان؛ لأنه قبل

التخصيص جليٌّ وبعد التخصيص خفيٌّ. **والرابع**: وهو مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن لمطلق العموم صيغةً توجب النظر والاجتهاد في أدلة تخصيصه، فإن وجد ما يخصه استعمل باقيه بعد تخصيصه وإن لم يوجد ما يخصه أُجري على عمومه، ولا يجوز استعماله قبل النظر، ولا يصير مجملاً بعد التخصيص؛ لأنه قبل النظر والاجتهاد يتكافأ الاحتمال، وبعد إمعان النظر والاجتهاد يترجح الاستعمال، وليس لزمان الاجتهاد والنظر وقت مقدر وإنما هو معتبر بما يؤديه الاجتهاد إليه من الرجاء والإياس.

واعلم أن أدلة التخصيص تؤخذ من أحد أربعة أصول؛ الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس. فأما تخصيص **الكتاب** كقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، لأنه خص منه المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٦] الآية.

[٩٧/أ] وأما تخصيصه **بالسنة** كقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، خصه قوله ﷺ: «لا قطع في أقل من ربع دينار»[(١)]. وأما تخصيص الكتاب بالإجماع فإنّ قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] خصه الإجماع بأن العبد لا يرث، وخصته السنة في أن القاتل والكافر لا يرثان، فصار بعضها مخصوصاً بالسنة وبعضها مخصوصاً بالإجماع.

وأما تخصيصه بالقياس مثل قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] الآية، ثم خص الأمة بنصف الحد بقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]. ثم خص العبد بنصف الحد قياساً على الأمة، فصار بعض الآية مخصوصاً بالقياس. ويجوز تخصيص العموم بالقياس الجلي، وفي جواز تخصصه بالقياس الخفي وجهان، فإن عدم المجتهد أدلة التخصيص من أحد هذه الأصول الأربعة جاز القياس على الخصوص في العموم، ولم يجز القياس على الباقي من العموم، مثاله أن قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الآية، لما خص منه من سرق من ثمر أو كثر في سقوط القطع عنه، لم يجز أن نقيس على قطع السارق قطع من ليس بسارقٍ، وجاز أن نقيس على التمر والكثر سارق غير التمر والكثر في سقوط القطع عنه.

والفرق بينهما أن العموم لما ضعف عن حكم استيفاء اسمه قوي معناه عن اجتذاب غيره، والمخصوص لما قوي حكمه عن استيفاء اسمه قوي معناه على اجتذاب غيره.

والقسم الثاني المجمل والمفسر: فالمفسر هو الذي يفهم منه المراد، والمجمل هو الذي ما لم يفهم منه المراد، ومثله في الكتاب قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١]، وقوله تعالى: [٩٧/ب] ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]. وقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني

(١) تقدم تخريجه مراراً.

دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[١].

فإن قيل: كيف جاز خطابهم بما لا يفهمونه من المجمل؟ قلنا: إنما جاز لأحد أمرين:

أحدهما: ليكون إجماله توطئة للنفوس على قبول ما يتعقبه من البيان، فإنه لو بدأ في تكليف الصلاة والزكاة ببيانهما جاز أن تنفر النفوس منهما ولا تنفر من إجمالها.

والثاني: أن الله تعالى جعل من الأحكام جلياً، وجعل منها خفياً، ليتفاضل الناس في العمل[٢] بها، ويثابوا على الاستنباط لها، وكذلك جعل منها مفسراً جلياً، وجعل منها مجملاً خفياً.

ثم اعلم أن المجمل ضربان: **أحدهما**: أن يقع الإجمالي في الاسم المشترك كالقرء ينطلق على الطهر والحيض، والشفق على الحمرة والبياض، فإن اقترن تنبيه أخذ به، وإن تجرد عن تنبيه أخذ به وإن تجرد واقترن به عرفٌ عمل عليه، وإن تجرد عن تنبيه وعرفٍ وجب الاجتهاد في المراد منها، وكان من خفي الأحكام التي وكل العلماء فيها إلى الاستنباط، فصار داخلاً في المجمل لخفائه وخارجاً عنه لإمكان استنباطه.

والثاني: الإجمالي في الحكم المبهم.

وهو ضربان: **أحدهما**: ما كان إجماله في لفظه، كقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١].

والثاني: ما كان إجماله بغيره، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [االبقرة: ٢٧٥] والربا صنف من البيوع، فصار به الباقي من البيوع مجملاً على قول كثيرٍ من أصحابنا. [٩٨/أ] وقال بعضهم، وهو عموم خصَّ منه الربا، ومثاله من السنة قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[٣]، وكلا الضربين مجمل يفتقر إلى بيان يفهم به المراد.

فإن قيل: التعبد بمثل هذا الخطاب قبل بيانه؟ قلنا: يلزم لأن النبي ﷺ بعث معاذاً ـ رضي الله عنه ـ إلى اليمن، وقال له: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، فإن أجابوك فأعلمهم أن في أموالهم حقاً يؤخذ من أغنيائهم فيرد في فقرائهم» فتعبدهم بالتزام الزكاة قبل بيانها، وفي كيفية تعبدهم بالتزامه وجهان: **أحدهما**: أنهم متعبدون قبل البيان بالتزامه بعد البيان.

والثاني: أنهم متعبدون قبل البيان بالتزامه مجملاً، وبعد البيان بالتزامه مُفسّراً.

ثم اعلم أن البيان يختلف باختلاف المجمل وهو ضربان: **أحدهما**: ما وكل العلماء إلى اجتهادهم في بيانه من غير سمع يفتقر إليه، مثل قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن

---

(١) تقدم تخريجه مراراً.

(٢) في الحاوي «العلم».

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٢)، وأحمد (٢/٣٦٦)، وابن حبان (١١٩٩)، والدارقطني (٣/٢٧).

يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] فلم يرد سماع ببيان أقل الجزية حتى اجتهد العلماء في أقلها. وكقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩] الآية، فأجمل ذكر العدد الذي تنعقد بهم الجمعة حتى اجتهد العلماء فيه. وكقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧] الآية، فأجمل قدر النفقة حتى اجتهد العلماء في تقديرها، فهذا ونظائره من المجمل التي لا يفتقر إلى بيان السمع، فبيانه عن الرسول ﷺ؛ لأنه مأخوذ من أصول الأدلة المستقرة، وقد سأل عمر رسول الله ﷺ [٩٨/ب] عن الكلالة، فقال: «تكفيك آية الصيف»، فوكله إلى الاجتهاد ولم يصرح بالبيان. .

واختلف أصحابنا في هذا النوع من البيان الصادر عن الاجتهاد هل يؤخذ قياساً أو تنبيهاً؟ على وجهين: **أحدهما**: يؤخذ تنبيهاً من لفظ المجمل وشواهد أحواله؛ لأن النبي ﷺ قال لعمر ـ رضي الله عنه: «تكفيك آية الصيف»(١) فردها إليه ليستدل بما تضمنها من تنبيهٍ وشاهد حاله.

والثاني: يجوز أن يؤخذ قياساً على ما استتر بيانه من نصٍ أو إجماعٍ؛ لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ سأل عن قُبلة الصائم، فقال: «أرأيت لو تمضمضت» فجعل القبلة بغير إنزالٍ كالمضمضة من غير ازدرادٍ.

والثاني من المجمل: ما يفتقر بيانه إلى السمع، كقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، لا يوصل إلى بيانه إلا من نصٍ مسموع من كتابٍ أو سنةٍ، فعلى هذا يجوز أن يتأخر بيانه وبيان تخصيص العموم عن وقت نزوله إلى وقت تقييده واستعماله أم لا؟ فعلى ثلاثة أوجهٍ: **أحدها**: يجوز؛ لأن معاذاً ـ رضي الله عنه ـ أخرّ بيان الزكاة لأهل اليمن إلى الوقت الذي أخذها منهم.

والثاني: لا يجوز؛ لاختلاف أحوال الناس في الحاجة إلى البيان وللتحرز بتعجيله من احترام المنية للرسول ﷺ المبين.

والثالث: يجوز تأخير بيان العموم؛ لأنه قبل البيان مفهوم، ولا يجوز تأخير بيان المجمل لأنه قبل البيان غير مفهوم.

القسم الثالث: المطلق والمقيد، وهو أن يرد الخطاب مقيداً بحالٍ، أو وصفٍ، أو شرطٍ، ثم يرد من جنسه مطلق غير مقيد بوصفٍ ولا شرطٍ، والكلام فيه مشتمل على فصلين:

أحدهما: في المقيد هل يجب أن يكون حكمه مقصوراً على الشرط المقيد به [٩٩/أ] أم لا؟.

والثاني: في المطلق هل يجب حمله على المقيد من جنسه أم لا؟

فأما الأول عندنا وعند جمهور العلماء ينقسم قسمين:

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ١٥، ٢٦، ٣٨)، وابن ماجه (٢٧٢٦)، وأبو عوانة (١/ ٤٠٩).

أحدهما: ما كان تقييده بالوصف في ثبوت حكمه فيثبت الحكم بوجوده وينتفي بعدمه، كقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾ إلى قوله: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾ [المائدة: ٦]، فتقييد التيمم بالمرض والسفر شرطاً في إباحته، وهذا التيمم فيما كان معناه خاصاً.

والثاني: ما لا يكون بالوصف المقيد شرطاً في حكم الأصل ويعمم حكمه مع وجود الشرط وعدمه، كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُواْ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ﴾ [النساء: ١٠١]، وليس الخوف شرطاً في جواز القصر، وكقوله في جواز الصيد: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، ولا يكون العمد شرطاً في وجوبه.

وهذا القسم فيما كان معناه عاماً، والفرق بينهما يكون باعتبار معنى التقييد، فإن كان معناه خاصاً كالقسم الأول ثبت حكم التقييد، وإن كان معناه عاماً كالقسم الثاني سقط حكم التقييد. وقال داود وأهل الظاهر: لا معنى لهذا التقسيم، ويجري جميع المقيد على تقييده، ويكون شرطاً في ثبوت حكم يثبت بوجوده ويسقط بعدمه. ولا يعتبر معنى الأصل في عموم ولا خصوص؛ لأن الاعتماد على النصوص دون المعاني عندهم، وهذا غلط؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ﴾ [الإسراء: ٣١]، ولا يستباح قتلهم من إملاق كما لا يستباح مع وجوده، وقال تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُواْ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾ [النور: ٣٣]، ولا يجوز الإكراه على البغاء وإن لم يردن تحصناً. فلما سقط حكم التقييد في هذا ولم يصر نسخاً جاز أن يسقط في غيره ولا يكون نسخاً، فإن خص هذا بدليل فقد جعلوا للدليل تأثيراً في إسقاط التقييد، وهو الذي ذكرنا. [٩٩/ب] فإن قيل: فإذا سقط التقييد صار لغواً غير مقيد. قلنا: يحتمل ذكر التقييد مع سقوط حكمه أموراً:

منها: أمر يكون حكم السكوت عنه مأخوذ من حكم المنطوق به ليستعمله المجتهد فيما لم يجد فيه نصاً، فإن أكثر الحوادث غير منصوص.

ومنها: أن يكون التقييد تنبيهاً على غيره، كما قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥] الآية، فنبه بالقنطار على الكثير، ونبه بالدينار على القليل، وإن كان حكم القليل والكثير فيهما سواء.

ومنها: أن يكون الوصف هو الأغلب من أحوال ما قيد به، فيذكره لغلبته كما قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية، وإن كانت مفاداة الزوجين تجوز مع وجود الخوف وعدمه؛ لأن الأغلب من المفاداة أن تكون مع الخوف.

وإذا احتمل هذه الأمور وغيرها صار وجود التقييد مقيداً مع سقوط حكمه وإن لم يكن لغواً.

فإذا تقرر هذا وجب النظر في كل مقيد، فإذا ظهر دليل على عدم تأثيره سقط حكم التقييد وصار في عموم حكمه كالمطلق، وإن عدم الدليل وجب حمله على تقييده وجعل شرطاً في ثبوت حكمه.

وأما حكم المطلق الوارد من جنس المقيد إذا جعل التقييد شرطاً في المقيد، فظاهر مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أنه يجب حمل المطلق على المقيد من جنسه ما لم يقم دليل على حمله على إطلاقه كما في العدالة في الشهود، وقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] يحمل على قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وعلى هذا حمل إطلاق العتق في كفارة الظهار على العتق المقيد بالأيمان في كفارة القتل. وظاهر مذهب أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن المطلق محمول على إطلاقه ما لم يقم دليل [١٠٠/أ] على الحمل على المقيد من جنسه.

وذهب أصحابنا إلى أن حكم المطلق بعد المقيد من جنسه موقوف على الدليل، فإن قام الدليل على تقييده قيد، وإن لم يقم على واحدٍ منهما دليل صار كالذي لم يرد فيه نص فيعدل فيه إلى غيره من أدلة الشرع والاجتهاد في استنباط المعاني، ويصير احتماله لأمرين مبطلاً لحكم النص فيه، وهذا قول من ذهب إلى وقف العموم حتى يقوم دليل على تخصيص أو عموم. وهذا أفسد المذاهب؛ لأن النصوص المحتملة يكون الاجتهاد عائداً إليها ولا يعدل بالاحتمال إلى غيرها، ليكون حكم النص ثابتاً بما يؤدي إليه الاجتهاد من نفي الاحتمال عنه وتعيين المراد به. قال الإمام الماوردي(١): «والذي عندي وأراه أولى المذاهب في المطلق والمقيّد أن يعتبر غلظ حكم المطلق والمقيد، فإن كان حكم المطلق أغلظ حمل على إطلاقه ولم يقيد إلا بدليل. وإن كان حكم المقيد أغلظ حمل المطلق على المقيد ولم يحمل على إطلاقه إلا بدليل؛ لأن التغليظ إلزام وما تضمنه الإلزام لم يسقط إلزامه بالإجمال». فإذا تقرر هذا الذي ذكرنا، ووجب حمل المطلق على المقيد كان ذلك مستعملاً في إطلاق الصفة، ولا يكون مستعملاً في إطلاق الأصل، مثاله: أن مسح اليدين في التيمم مطلق، وفي الوضوء مقيد بالمرفقين فحمل عليه. وأطلق ذكر الرأس والرجلين في التيمم وذكرا في الوضوء، فلم يحتمل ترك ذكرهما في التيمم على إثبات ذكرهما في الوضوء؛ لأن ذكر المرافق سنة وذكر الرأس والرجلين أصل. وقال ابن خيران: المطلق يحمل على المقيد في الأصل أيضاً، فالله تعالى ذكر الإطعام في كفارة الظهار ولم يذكر في كفارة القتل فيحمل عليها. وفي هذا إثبات أصل بغير أصل، فإذا ثبت حمل المطلق على المقيد فهل وجب عليه حمله من طريق اللغة أو من طريق الشرع؟ وجهان:

أحدهما: من طريق اللغة؛ لأن في لسان العرب موضوع لهذا.

والثاني: بالشرع [١٠٠/ب] المستقر على استنباط المعاني؛ لأن الأحكام لا تؤخذ إلا شرعاً من نصٍ أو قياسٍ.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٦٦).

وإذا وردا مقيدين من جنسٍ واحدٍ بشرطين مختلفين، وأطلق ثالث من جنسهما وجب حمل المطلق على إطلاقه ولم يجز حمله على أحد المقيدين؛ لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر، وحمل كل من المقيدين على تقييد نظيره فينظر في صفتي التقييد فيهما. فإن تنافى الجمع بينهما لم يحمل أحدهما على الآخر، واختص كل واحدٍ منهما بالصفة التي قيد بها، وذلك مثل تقييد صوم الظهار بالتتابع، وتقييد صوم التمتع بالتفرقة، ولا يمكن الجمع بين التتابع والتفرق فيختص كل واحدٍ منهما بصفته، فإن أمكن اجتماع الصفتين ولم يتنافيا ففي حمل كل واحدٍ منهما على تقييد نظيره وجهان: **أحدهما**: لا يحمل إلا على ما قيد به إذا قلنا المطلق لا يحمل على المقيد إلا بدليل.

والثاني: يحمل على تقييده وتقييد نظيره، فيصير كل واحدٍ منهما مقيداً بالصفتين إذا قلنا بجواز حمل المطلق على المقيد.

فعلى هذا يجوز أن يحمل ما أطلق من جنسهما على تقييدهما معاً، ويصير كل واحدٍ من النصوص الثلاثة المتجانسة مقيداً بشرطين.

والقسم الرابع: الإثبات والنفي، فينقسم ثلاثة أقسام؛ إثبات تجرد عن نفي، ونفي تجرد عن إثبات، وما اجتمع فيه نفي وإثبات. فأما الأولُ فضربان:

أحدهما: أن يقترن بحرف التحقيق فيكون إثباته نفياً لما عداه، كقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»[(١)]. وقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[(٢)]. وسواء كان هذا الإثبات جواباً أو ابتداء. ولكن اختلف أصحابنا في النفي به هل هو بلفظ النطق أو بدليله على وجهين:

أحدهما: أن الذي أوجب النفي بعد الإثبات هو دليل اللفظ دون اللفظ، فيكون دليل الخطاب هو الموجب للنفي؛ لأنها لفظة [١٠١/أ] لجنس فجرى مجرى التأكيد.

والثاني: أنها أوجبت النفي والإثبات بنفس اللفظ؛ لأن لفظةُ إنما موضوعة في اللغة لإثبات ما اتصل ونفي ما انفصل عنها.

والثاني: أن يتجرد الإثبات عن حرف التحقيق، كقوله ﷺ: «في سائمة الغنم زكاة» وكقوله: «القطع في ربع دينار» فلمخرجه حالتان:

إحداهما: أن يكون جواباً لسائل عن الزكاة في مسائمة الغنم فقال: «في سائمة الغنم زكاة»، ولسائل عن القطع في ربع دينار، فقال: «القطع في ربع دينار»، فلا يكون هذا الإثبات نفياً لما عداه.

والثانية: أن يبدأ به الرسول ﷺ فيقول مبتدئاً: في سائمة الغنم زكاة، فيكون هذا الإثبات نفياً لما عداه فلا يجب في غيرها، وهذا لأنه لا بد لتخصيص هذا بالذكر من موجبٍ، فلما خرج عن الجواب ثبت وروده للبيان، وهذا هو الظاهر من مذهب

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.

الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وقول جمهور أصحابه. وذهب ابن سريج وأبو حامدٍ إلى أن حكم ما عدا الإثبات موقوف على الدليل لما تضمنه من الاحتمال، وهذا فاسد لما ذكرنا من التعليل.

وإذا انتفى حكم الإثبات عما عداه على ما بيناه فقد اختلف أصحابنا في موجب نفيه عنه على وجهين؛ **أحدهما**: أنه أوجب لسان العرب لغةً. **والثاني**: أنه أوجب دليل الخطاب شرعاً.

وأما القسم الثاني في النفي إذا تجرد عن إثباتٍ فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون جواباً لسؤال فلا يكون النفي موجباً لإثبات ما عداه، كقوله ﷺ: «لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان»[١] لا يدل على التحريم بالثالثة.

والضرب الثاني: أن يبتدىء الرسول ﷺ فيقول: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور»[٢] فدل على قبولها بالطهور، ويكون نفي الحكم عن تلك الصفة موجباً لإثباته عند عدمها، وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه.

ويحتمل قول من جعل ما عدا الإثبات موقوفاً، وإذا كان حكم النفي مطلقاً يحتمل نفي الجواز ونفي الكمال لعمومه، كقوله ﷺ: «لا صلاة إلا بطهور»، فكان هذا النفي مانعاً [١٠١/ب] من أجزائها.

فإن قام دليل على نفي الكمال حمل عليه، كقوله ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد». ويجيء على مذهب من قال بوقف المحتمل بجعل هذا موقوفاً لأنه محتمل.

وأما القسم الثالث: الجامع للإثبات والنفي يشتمل على ثلاثة أنواع؛ الاستثناء، والشرط، والغاية.

فأما الاستثناء فالمعتبر في ثبوت حكمه ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يرجع إلى أصل يبقى منه بعد الاستثناء بعضه وإن قل، فإن رفع جميعه لم يصح؛ لأنه يصير نسخاً، ويثبت حكم الأصل ويبطل الاستثناء.

والثاني: أن يكون الاستثناء من جنس الأصل ليصح به خروج بعضه، فإن عاد إلى غير جنسه صح عند الشافعي في المعنى دون اللفظ، وأبطله قوم في اللفظ والمعنى، وأجازه قوم في اللفظ والمعنى. مثاله أن يقول: لفلان عليَّ ألف درهم إلا دينار، فلا يجعل لفظ الدينار مستثنى من لفظ الدراهم؛ لأنه لا يجانسها، وإنما تجعل قيمته مستثناة من الدراهم؛ لأنه لا ينافيها فصار الاستثناء في المعنى دون اللفظ.

والثالث: أن يعلق على الاستثناء ضد حكم الأصل، فإن كان الأصل إثباتاً صار الاستثناء نفياً، وإن كان الأصل نفياً صار الاستثناء إثباتاً. فإن عاد الاستثناء إلى جمل مذكورة تقدمته يمكن أن يعود إلى جميعها، ويمكن أن يعود إلى بعضها، فعند الشافعي

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) تقدم تخريجه.

تعود إلى جميعها ما لم يخصه دليل، كقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [المائدة: ٣٤]، فكان راجعاً إلى كل ما تقدم من القتل والصلب والنفي.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يرجع إلى أقرب مذكور إلا أن يقم دليل، كقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾ [النساء: ٩٢]، فرجع إلى الدية دون الكفارة.

وكذلك ما اختلفا [١٠٢/أ] في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ إلى قوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [المائدة: ٤ ٥]، فعند أبي حنيفة ترجع التوبة إلى الفسق وحده؛ لأنه أقرب مذكور، وعندنا ترجع إليه وإلى قبول الشهادة اعتباراً بالعموم، ولا يرجع عندهما إلى الجلد لاختلافهما في التعليل، فعند أبي حنيفة لبعده عن أقرب مذكور، وعند الشافعي لخروجه بدليلٍ، وهو أن حد القذف حق الآدمي فلا يسقط بالتوبة. وكذلك لم يجعل قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾ [النساء: ٩٢] عائداً إلى الكفارة؛ لأنها من حقوق الله تعالى التي لا تسقط بالعفو، ويكون عائداً إلى الدية لسقوطها بالعموم.

وأما النوع الثاني وهو الشرط: فالشرط في اللغة هو العلامة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: ١٨]، أي علاماتها، ولهذا يُسمى الشرطي لتمييزه بعلامته. والشرط في الشرع هو الشيء الذي علق به الحكم لكونه علامة له. فإذا علق الحكم بشرط ثبت الحكم بوجوده وانتفى بعدمه، كقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] الآية، فيتعلق به إثبات ونفي، فيجري مجرى الاستثناء من وجهٍ وإن خالفه من وجهٍ. فوجه اجتماعهما أنه قد يثبت حكماً وينفي حكماً. ووجه افتراقهما أن الشرط يثبت الحكم في حال وجوده وينفيه في حال عدمه، والاستثناء يجمع بين النفي والإثبات في حالةٍ واحدةٍ، وربما قيد الحكم فيقوم الدليل على ثبوت الحكم مع وجوده وعدمه فلا يتعلق بالشرط إثبات ولا نفي، ويصرفه الدليل عما وضع له من الحقيقة إلى ما قصد من المجاز، كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤]، وحكمها في العدة مع وجود الريبة وعدم الريبة سواء، فإن تجرد الشرط عن دليل حمل على موجبه في النفي والإثبات، وإن علق الشرط بجملةٍ مذكورة عاد إلى جميعها ما لم يخصه دليل كالاستثناء. وجعلها أبو حنيفة [١٠٢/ب] عائداً إلى أقرب مذكور. ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ﴾ إلى قوله: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، وهذا يعود إلى جميع ما تقدم، ولا يعود إلى أقرب مذكورٍ من تحرير الرقبة.

وأما الثالث: الغاية فهي على ثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها، كقوله تعالى: ﴿وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فكان الفجر حداً لإباحة الأكل قبله وتحريمه بعده، فتعلق بالغاية إثبات ونفي كالاستثناء

والشرط، غير أن الشرط موجب لثبوت الحكم بعده ولانتفائه قبله، والغاية موجبة لثبوت الحكم قبلها، ولا ينافيه بعدها. فإن اقترن بالغاية شرط تعلق الإثبات بها والنفي بأحدهما، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ وهذا غاية، ثم قال: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، وهذا شرط [فتعلق حكم الإثبات بوجود الشرط بعد الغاية](١)، فلا يستباح وطئها إلا بالغسل بعد انقطاع الدم، وتنتفي الاستباحة بعدمها أو عدم أحدهما من غاية أو شرطٍ.

وأما القسم الخامس: وهو المحكم والمتشابه، فأصله قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُّحْكَمَاتٌ﴾ [آل عمران: ٧]، وفي المحكم والمتشابه للعلماء ثمانية أقوالٍ: **أحدها**: وهو قوله ابن عباس وابن مسعود ـ رضي الله عنهم ـ المحكم الناسخ، والمتشابه المنسوخ.

والثاني: المحكم الفرائض والوعد، والمتشابه القصص والأمثال.

والثالث: المحكم الذي لم تتكرر ألفاظه، والمتشابه الذي تكررت ألفاظه.

والرابع: المحكم ما عرف العلماء تأويله وفهموا معناه، والمتشابه ما لم يكن لهم إلى علمه سبيل، كقيام الساعة، وطلوع الشمس من مغربها.

والخامس: المحكم ما أحكم الله تعالى بيان حلاله وحرامه، فلم تشتبه معانيه، والمتشابه ما اشتبهت معانيه.

[١٠٣/أ] **والسادس**: المحكم ما لم يحتمل من التأويل إلا وجهاً واحداً، والمتشابه ما احتمل من التأويل أوجهاً.

والسابع: المحكم ما قام بنفسه ولم يحتج إلى الاستدلال، والمتشابه ما لم يقم بنفسه واحتاج إلى الاستدلال.

والثامن: المحكم ما كانت معاني أحكامه معقولة، والمتشابه ما كانت معاني أحكامه غير معقولةٍ، كأعداد الصلاة، واختصاص الصيام بشهر رمضان.

وفي قوله تعالى: ﴿هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ﴾ ثلاثة أوجه: **أحدها**: أنه أراد الآي التي فيها الفرائض والحدود؛ لأنها أكثر المقصود.

والثاني: أراد فواتح السور التي يستخرج منها القرآن.

والثالث: أراد معقول المعاني؛ لأنه يتفرع عنه ما يشاركه في معناه، فيصير الأصل كفروعه كالأم لحدوثها عنه، فلذلك يسمى أم الكتاب.

﴿فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ﴾ [آل عمران: ٧]، أي شك، وقيل: ميل عن الحق، ﴿فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ﴾ [آل عمران: ٧]، فأراد به الأجل الذي أرادت اليهود أن يعرفوا من الحروف المقطعة في القرآن من انقضاء مدة النبي ﷺ بحساب الجمل.

والثاني: أنه معرفة غرائب القرآن في العلم بورود النسخ قبل وقته. ﴿ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ﴾:

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الحاوي (١٦/ ٧١).

أي الشرك. وقيل: اللبس. وقيل: إفساد ذات البين. ﴿وَٱبْتِغَآءَ تَأْوِيلِهِۦ﴾ أي التفسير، وقيل: إنه العاقبة المنتظرة. ﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُۥٓ إِلَّا ٱللَّهُ﴾ قيل: تأويل جميع المتشابه؛ لأن فيه ما يعلمه الناس وفيه ما لا يعلمه إلا الله سبحانه وتعالى. وقيل: تأويله القيامة لما فيه من الوعد والوعيد [١٠٣/ب] كما قال تعالى: ﴿هَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلَهُۥ يَوْمَ يَأْتِى تَأْوِيلُهُۥ﴾ [الأعراف: ٥٣]، ويعني يوم القيامة، وقيل: [إن تأويله وقت حلوله](١). قوله: ﴿وَٱلرَّٰسِخُونَ فِى ٱلْعِلْمِ﴾ يعني الثابتين فيه والعاملين به. وقيل: يعني المستنبطين له والعالمين به، وفيهم وجهان:

أحدهما: أنهم داخلون في الاستثناء، وتقديره أن الذي يعلم تأويله هو الله تعالى والراسخون في العلم أيضاً يعلمونه. وقال مجاهد: قال ابن عباس ـ رضي الله عنهما: أنا ممن يعلم تأويله(٢).

والثاني: أنهم خارجون من الاستثناء، ويكون معنى الكلام: وما يعلم تأويله إلا الله وحده، ثم استأنف فقال: ﴿وَٱلرَّٰسِخُونَ فِى ٱلْعِلْمِ يَقُولُونَ ءَامَنَّا بِهِۦ﴾ ﴿كُلٌّ مِّنْ عِندِ رَبِّنَا﴾ وهذا يحتمل وجهين؛ **أحدهما**: أن علم ذلك عند ربنا.

والثاني: ما فصله الله تعالى من المحكم والمتشابه منزل من عند ربنا، وإنما جعل الله تعالى كتابه محكماً ومتشابهاً استدعاءً للنظر من غير اتكال على الخبر ليتبين التفاضل ويستجزل الثواب.

وروى معاذ ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «القرآن على ثلاثة أجزاء؛ حلال فاتبعه، وحرام فاجتنبه، ومتشابه يشكل عليك فكله إلى عالمه».

فإذا وضح ذلك فما تضمنه كتاب الله تعالى من الأحكام والأعلام ينقسم أربعة أقسام؛ أحدها: محكم في جميع أحواله، ومتشابه في أحواله، ومتشابه في حالٍ ومحكم في حالٍ، ومحكم من وجهٍ ومتشابه من وجهٍ. فأما الأول فضربان: مفهوم ومعقول، والفرق بينهما أن المفهوم [١٠٤/أ] ما لم يحتج إلى فكرٍ، والمعقول ما احتاج إلى فكرٍ.

والمفهوم ضربان: **أحدهما**: ما فهم بصريح لفظه كقوله تعالى في تحريم المناكح: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

والثاني: ما فهم بمخرج خطابه مثل قوله تعالى في تحريم الخمر والقمار: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠]، فدل وضع الخطاب على تحريمه.

وأما المعقول فضربان: **أحدهما**: ما علم بالتنبيه، كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، فنبه بثلث الأم أن الباقي للأب.

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الحاوي (١٦/ ٧٣).

(٢) أخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره (٣/ ١٨٣).

والثاني: ما علم بالاستدلال، مثل تقدير أقل الحمل بستة أشهر بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، دل بقوله حولين على أن الباقي من ثلاثين شهراً هو أقل الحمل.

فهذه الضروب الأربعة ونظائرها محكمة غير متشابهة.

وأما المتشابه في الأحوال فضربان: **أحدهما**: ما تولجت فيه إشارة يحتمل الاستدلال بها كقوله تعالى في الكلالة: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٢] الآية، فسأل عمر ـ رضي الله عنه رسول الله ﷺ عن الكلالة فقال: «تكفيك آية الصيف»، يعني قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ [النساء: ١٧٦] الآية، وإنما سماها آية الصيف؛ لأنها نزلت في الصيف، فلم يزده في البيان على الرد إلى الإشارة.

والثاني: ما تجرد عن الإشارة كالحروف المفردة في القرآن، مثل قوله تعالى: ﴿الٓمٓ ۝١﴾ و﴿كٓهيعٓصٓ ۝١﴾، فكانت على احتمال مشتبهٌ غير أن المراد في الضرب الأول خفي، وفي هذا الضرب مبهم، وكلاهما من المتشابه.

وأما المتشابه في حالٍ والمحكم في حالٍ فضربان؛ **أحدهما**: العموم إذا خص.

والثاني: المجمل إذا فسر، هما قبل البيان من المتشابه وبعد البيان من المحكم.

[١٠٤/ب] وأما المحكم من وجهٍ والمتشابه من وجهٍ فضربان: **أحدهما**: أن يكون المتشابه في الموجب والمحكم في الواجب، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ﴾ [الأنعام: ١٥١]، فالحق هو السبب الموجب وهو من المتشابه، وإباحة القتل هو الواجب وهو من المحكم.

والضرب الثاني: أن يكون المحكم في الموجب والمتشابه في الواجب، كقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١]، فالسبب الموجب هو استحصاد الزرع وهو من المحكم، والحق المؤدىٰ هو الواجب وهو من المتشابه.

وأما القسم السادس: فهو الناسخ والمنسوخ؛ والنسخ: هو رفع ما ثبت حكمه بالشرع دون العقل؛ لأن واجبات العقول لا يجوز نسخها بشرع ولا عقلٍ. والنسخ مختص بالأحكام المشتملة على الأوامر والنواهي دون الأخبار؛ لأن نسخ الخبر مفضي إلى دخول الكذب في ناسخه ومنسوخه، ونسخ الحكم إنما هو العلم بانقضاء مدته، وهو مأخوذ في اللغة من نسخ المطر الأثر إذا أزاله، فسمي في الشرع نسخاً لزوال الحكم به، كما سمي به نسخ الأحكام الشرعية؛ لأنها معتبرة بالمصالح.

وقد تختلف المصالح باختلاف الأزمان، فيكون المنسوخ مصلحة في الزمان الأول دون الثاني، ويكون الناسخ مصلحته في الزمان الثاني دون الأول، فيكون كل واحد منهما مصلحة في زمانه وحسناً في وقته وإن تضادا، ولا يكون بداء ورجوعاً فيستقبح كما زعم قوم من اليهود؛ لأن البداء هو الرجوع فيما تقدم من أمرٍ ونهيٍ، والنسخ هو أمر بالشيء في وقتٍ ونهي عنه في وقتٍ فافترقا.

ثم اعلم أن النسخ جائز في الكتاب والسنة؛ لأن كل واحدٍ منهما أصل لأحكام الشرع، فإذا جاز [١٠٥/أ] في الكتاب الذي هو أصل السنة كان في السنة أجوز.

ثم الناسخ والمنسوخ في الكتاب والسنة يشتمل على تفصيل بيانه على سبعة أقسام؛ **أحدها**: ما يقع فيه النسخ.

والثاني: ما يقع به النسخ.

والثالث: في أحكام النسخ.

والرابع: في أحوال النسخ.

والخامس: في زمان النسخ.

والسادس: في دلائل النسخ.

والسابع: في الفرق بين التخصيص والنسخ.

فأما الأول: فقد ذكرنا أنه في الأوامر والنواهي الشرعية، وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون مطلقة فيجوز نسخها وإن وردت بلفظ الخبر، ووهم بعض أصحابنا وقال: لا يجوز إذا وردت بلفظ الخبر اعتباراً بالأخبار، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: اختصاص الأخبار بالأعلام، واختصاص النواهي بالإلزام.

والثاني: اختصاص الأخبار بالماضي والأوامر بالمستقبل، ولما تعلق بما ورد من الأوامر بلفظ الأخبار أحكام الأوامر دون الأخبار من هذين الوجهين، كذلك في حكم النسخ.

والضرب الثاني: أن يرد الأمر مؤكداً بالتأبيد، ففي جواز نسخه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز نسخه؛ لأن صريح التأبيد مانع من احتمال النسخ.

والثاني: وهو الأشبه أنه يجوز؛ لأن المطلق يقتضي التأبيد كالمؤكد؛ لأنه لما جاز انقطاع المؤبد بالاستثناء، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا ۚ﴾ ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور: ٤، ٥] الآية، جاز انقطاعه بالنسخ كالمطلق.

والضرب الثالث: أن يكون الأمر مقدراً بمدة فيكون انقضاء المدة موجباً لانقطاع الأمر، فيصير نسخاً بغير نسخ، فإن أريد نسخه قبل انقضاء مدته ففي جوازه وجهان كالمؤبد.

وأما القسم الثاني: فالنسخ يكون بمثل المنسوخ، فنسخ الكتاب بالكتاب والسنة بالسنة، قال الله تعالى: ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ ءَايَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَآ أَوْ مِثْلِهَآ ۗ﴾ [البقرة: ١٠٦]، وفي المراد بنسخها وجهان؛ [١٠٥/ب] **أحدهما**: تبديلها.

والثاني: نقضها. وقوله تعالى: ﴿أَوْ نُنسِهَا﴾ أي ننزّلها فلا ننسخها وجهان **أحدهما**: أي نتركها فلا ننسخها.

والثاني: أراد نؤخرها، ومنه بيع النساء، أي نؤخر إنزالها.

وفي قوله: ﴿نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَآ أَوْ مِثْلِهَآ ۗ﴾ وجهان: **أحدهما**: أراد بخيرٍ منها في

المنفعة، إما بالتخفيف وإما بكثرة الثواب.

والثاني: أنه على التقديم والتأخير، ومعناه نأت منها بخير.

وإذا كان كذلك لم يجز نسخ القرآن بالسنة صرح به الشافعي، ووافقه أصحابه. واختلفوا هل منع منه العقل أو الشرع على وجهين: **أحدهما**: منع منه العقل؛ لأنه يمنع من اعتراض المأمور على الآخر.

والثاني: منع منه الشرع دون العقل؛ لأن التفويض إلى المأمور لا يمنع من مشاركة الأمر.

وجوز أبو حنيفة نسخ القرآن بالسنة المستفيضة كما نسخت آية الوصايا، وهي قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا﴾ [البقرة: ١٨٠] الآية، بقوله ﷺ: «لا وصية لوارث»[(١)]. ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَدَّلْنَآ ءَايَةً مَّكَانَ ءَايَةٍ وَٱللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يُنَزِّلُ﴾ [النحل: ١٠١]، وقوله تعالى: ﴿قُلْ مَا يَكُونُ لِيٓ أَنْ أُبَدِّلَهُۥ مِن تِلْقَآيِٕ نَفْسِيٓ إِنْ أَتَّبِعُ إِلَّا مَا يُوحَىٰٓ إِلَيَّ﴾ وروى جابر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «كلامي لا ينسخ كلام الله تعالى وكلام الله ينسخ كلامي، وكلام الله ينسخ بعضه بعضاً»[(٢)]، رواه الدارقطني رحمه الله. والذي نسخ آية الوصايا هو آية المواريث وكانت السنَّة بياناً. وأما نسخ السنة بالقرآن فظاهر مذهبنا الذي نص عليه في القديم والجديد أنه لا يجوز نسخ السنة بالقرآن، كما لا يجوز نسخ القرآن بالسنة.

وقال ابن سريج: يجوز بخلاف ذلك؛ لأن القرآن أوكد من السنة، وخرجه قولاً ثانياً للشافعي ـ رضي الله عنه ـ من كلامٍ تأوله في الرسالة، واستشهاده بأن الآمر أنفذ حكماً من المأمور.

[١٠٦/أ] ثم اختلف أصحابنا في طريق الجواز والمنع في الشرع مع جوازه في العقل على ثلاثة أوجهٍ: **أحدها**: أنه لا يوجد سنة إلا ولها في كتاب الله تعالى أصل كانت السُنة بياناً لمجمله، فإذا ورد الكتاب بنسخها كان نسخاً لما في الكتاب من أصلها، فصار هذا نسخ الكتاب بالكتاب.

والثاني: أن الله تعالى يوحي إلى رسول الله ﷺ بما يخفيه عن أمته، فإذا أراد نسخ ما سنه للرسول ﷺ أعلمه به حتى يظهر نسخه، ثم يرد الكتاب بنسخه تأكيداً لنسخ رسول الله ﷺ، فصار ذلك نسخ السنة بالسنة.

والثالث: نسخ الكتاب بالسنة يكون أمراً من الله تعالى لرسوله ﷺ بالنسخ، فيكون الله تعالى هو الآمر به والرسول ﷺ هو الناسخ، فصار ذلك نسخ السُنة بالكتاب والسُنة والله أعلم.

وأما القسم الثالث في أحكام النسخ فهو على خمسة أضربٍ. **أحدها**: ما نسخ

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢٦٧)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠)، وابن ماجه (٢٧١٣).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ١٤٥).

حكمه وبقيت تلاوته، والناسخ باقي الحكم والتلاوة، كنسخ العدة حولاً بأربعة أشهر وعشرٍ، ونسخ آية الوصايا بآية المواريث.

والثاني: ما نسخ حكمه وتلاوته والناسخ باقي الحكم والتلاوة كنسخ صيام أيام البيض بصيام شهر رمضان، ونسخ استقبال بيت المقدس باستقبال الكعبة، كما قال ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: «أول ما نسخ باب الصيام الأول واستقبال بيت المقدس».

والثالث: ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته ونسخت تلاوة الناسخ وبقي حكمه، كقوله تعالى في حد الزنا: ﴿وَٱلَّتِي يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ١٥] الآية، نسخه قوله تعالى: ﴿الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم﴾، قال عمر ـ رضي الله عنه ـ: [١٠٦/ب] كنا نقرأها على عهد رسول الله ﷺ، ولولا أن يقال زاد عمر في كتاب الله لأثبتها فيه.

فإن قيل: فكيف يجوز أن يكون المنسوخ ناسخاً؟ قلنا: فيه جوابان:

أحدهما: أن النسخ إنما كان بالحكم دون التلاوة والحكم باقٍ وإن نسخت التلاوة.

والثاني: يجوز أن يكون النسخ به قبل نسخ التلاوة.

والضرب الرابع: ما نسخ حكمه وتلاوته ونسخت تلاوة الناسخ وبقي حكمه، وهو ما روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت: كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن: عشر رضعات محرمات فنسخن بخمس معلومات، وتوفي رسول الله ﷺ وهن مما يقرأ في القرآن. تعني في العمل بهن دون التلاوة، فكان المنسوخ مرفوع الحكم والتلاوة، والناسخ مرفوع التلاوة باقي الحكم.

والضرب الخامس: ما نسخ حكمه وتلاوته وهو لا يعلم الذي نسخه، كما روي أنه كان في القرآن: لو كان لابن آدم وادٍ من ذهب لابتغى إليه ثانياً، ولو كان له ثانٍ لابتغى إليه ثالثاً، ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب ويتوب الله على من تاب(١). وروى أنس ـ رضي الله عنه ـ أنهم كانوا يقرأون: بلغوا إخواننا عنا أنا قد لقينا ربنا فرضي عنا ورضينا عنه. ومثل هذا قد يكون رفعاً له في المعنى ولا يكون نسخاً له في الحكم، روي أن رجلاً قام من الليل ليقرأ سورة فلم يقدر عليها، وقام آخر ليقرأها فلم يقدر عليها، فسئل رسول الله ﷺ عنها، فقال: «رفعت البارحة»(٢).

وأما القسم الرابع: من أحوال النسخ، فهو على خمسة أضرب:

أحدها: ما نسخ إلى مثله في الخفة والغلظ، كنسخ استقبال بيت المقدس [١٠٧/أ] باستقبال الكعبة.

---

(١) أخرجه أبو عبيد في فضائله وابن الضريس عن أبي موسى، كما في الدر المنثور (١/ ١٠٥).

(٢) أخرجه أبو داود في ناسخه، وابن المنذر، وابن الأنباري في المصاحف، وأبو ذر الهروي في فضائله عن أبي أمامة، كما في الدر المنثور (١/ ١٠٥).

والثاني: ما نسخ إلى ما هو أغلظ منه كنسخ صيام أيام البيض بصيام شهر رمضان، والحبس في الزنا بالرجم.

والثالث: النسخ إلى ما هو أخف منه، كنسخ العدة حولاً بأربعة أشهر وعشر، ونسخ مصابرة الواحد بعشرة في الجهاد بمصابرته لاثنين.

والرابع: ما نسخ إلى غير بدلٍ كنسخ قيام الليل في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡمُزَّمِّلُ ۝١ قُمِ ٱلَّيۡلَ﴾ [المزمل: ١، ٢]، بقوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلَّيۡلِ فَتَهَجَّدۡ بِهِۦ نَافِلَةً لَّكَ﴾ [الإسراء: ٧٩] الآية، فنسخ فرضه بغير بدلٍ.

والخامس: ما نسخ فيه للتخيير بين شيئين بإسقاط أحدهما وانحتام الآخر، كقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدۡيَةٞ طَعَامُ مِسۡكِينٖۖ﴾ [البقرة: ١٨٤] الآية، بقوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ﴾ [البقرة: ١٨٥] الآية.

وأما القسم الخامس في زمان النسخ فهو على ثلاثة أضرب؛ **أحدها**: يجوز فيه النسخ.

والثاني: لا يجوز فيه النسخ.

والثالث: فيه خلاف.

فأما الذي يجوز فيه النسخ فهو بعد اعتقاد المنسوخ والعمل به، فيجوز سواء عمل به كل الناس كاستقبال بيت المقدس، أو عمل به بعضهم كفرض الصدقة في مناجاة الرسول ﷺ نسخت بعد أن عمل بها علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ وحده. وأما الذي لا يجوز النسخ فيه فهو قبل اعتقاد المنسوخ والعمل به[1]، فلا يجوز أن يرد النسخ لأن من شرط النسخ أن يكون بعد استقرار الفرض ليخرج عن البداء إلى الإعلام بالمدة.

فإن قيل: فقد روي في ليلة المعراج، أن الله تعالى فرض على أمته خمسين صلاة، فلم يزل ﷺ يراجع ربه فيها ويستغفر له حتى استقر الفرض على خمسٍ. قلنا: كان هذا على وجه التقرير دون النسخ؛ لأن الفرض يستقر بنفوذ الأمر، ولم يكن من الله تعالى فيه أمر إلا عند استقرار الخمس.

وأما المختلف فيه [١٠٧/ب] فورود النسخ بعد اعتقاد المنسوخ وقبل العمل به، وفيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: لا يجوز كما لا يجوز قبل الاعتقاد لما ذكرنا من العلة، ليخرج من البداء إلى النسخ.

والثاني: يجوز كما يجوز بعد[2] العمل؛ لأن الاعتقاد من أعمال القلب دون العمل اختياراً لطاعتهم، كما أمر الله تعالى إبراهيم ـ عليه الصلاة والسلام ـ بذبح ابنه ثم نهاه قبل ذبحه فقال: ﴿فَلَمَّآ أَسۡلَمَا وَتَلَّهُۥ لِلۡجَبِينِ ۝١٠٣﴾ [الصافات: ١٠٢] الآية، فاختبر بذلك طاعته ونهاه بعد الاعتقاد وقبل الفعل.

---

(١) في الحاوي: «العلم».
(٢) في الحاوي: «قبل».

والثالث: لا يجوز إلا أن يمضي بعد الاعتقاد وزمان العمل به، وإن لم يعمل به لاختصاص النسخ بتقدير مدة التكليف وذلك موجود بمضي زمانه، فإذا استقر النسخ بما بيناه لم يلزم فرضه قبل ظهوره من الرسول ﷺ، وإن كان فرضه لازماً للرسول ﷺ، فإذا أظهره سقط عنه فرض الإبلاغ ولزم فرضه في الحال لكل من عمل به من الحاضرين. فأما فرضه على الغائبين عنه ففيه وجهان: **أحدهما**: يجب؛ لأن الله تعالى عمهم بفرضه ولم يخص به حاضراً من غائبٍ. **والثاني**: وهو الأشبه أنه لا يجب إلا بعد العلم، كما يلزم الحاضرين فرضه بعد إبلاغ الرسول ﷺ وإن تقدم فرضه على الرسول ﷺ، وكذلك استدامة أهل قباء في صلاتهم إلى بيت المقدس وتحولوا إلى الكعبة وبنوا. وقال ابن عمر ـ رضي الله عنهما: كنا نخابر أربعين سنة لا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا ابن خديج أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة فتركناها لقول رافع، ولم يتراجعوا فيما تقدم.

وأما القسم السادس في دلائل النسخ: [١٠٨/أ] وهو أن يرد في الشيء الواحد كلمات مختلفات، فهما ضربان:

أحدهما: أن يمكن استعمالها ولا يتنافى اجتماعهما وهو ضربان: **أحدهما**: أن يكون أعم من الآخر لعموم أحدهما وخصوص الآخر، فيقضي بالأخص على الأعم فيستثنى منه، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وقال تعالى فيمن أباح نكاحهن: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، فقضى بعده بتلك، فصار كقوله تعالى: ولا تنكحوا إلا الكتابيات حتى يؤمن، وكان عموماً مخصصاً ولم يكن ناسخاً ولا منسوخاً. **والثاني**: تتساوى الآيتان في جواز تخصيص كل واحد منهما بالآخر، كقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦]، فجاز أن يكون تحريم الجمع بين الأختين إلا بملك اليمين، وجاز أن يكون أباحه ملك اليمين إلا الجمع بين الأختين، فوجب الرجوع إلى دليلٍ يوجب تخصيص إحديهما بالأخرى، ولذلك قال عثمان رضي الله عنه: أحلتهما آية وحرمتهما آية والتحريم أولى، فهذا فيما أمكن استعمال الحكمين المختلفين فيه، وأنه يحمل على التخصيص دون النسخ إلا أن يقوم دليل على النسخ فيعدل بالدليل على استعمال التخصيص النسخ كآية الوصايا وآية المواريث، فقد كان يمكن استعمالها من غير نسخ، ولكن روي عن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ أنهم قالوا: نسخت آية المواريث آية الوصايا، فعدل عن استعمال التخصيص إلى النسخ.

والضرب الثاني: أن يتنافى الحكمان، ولا يمكن استعمالهما فيعلم مع التنافي أن أحدهما ناسخ للآخر فيرجع إلى دلائل النسخ، فيستدل بها على الناسخ والمنسوخ، وهي خمسة دلائل مرتبة بتقدم بعضها على بعضٍ:

فأولها: أن يتقدم أحدهما ويتأخر الآخر، فيعلم أن المتأخر ناسخ للمتقدم. فإن قيل: [١٠٨/ب] قوله تعالى في العدة: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾

[البقرة: ٢٣٤] ناسخ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَٰجِهِم مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠]، وهو متقدم عليه. قيل: هو متقدم عليه في التلاوة، ومتأخر عنه في التنزيل، وقد عدل بترتيب التلاوة عن ترتيب التنزيل بحسب ما أمر الله تعالى به للمصلحة التي استأثر بعلمها، فقد قيل: إن آخر آيةٍ نزلت قوله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٨١]، وهي متقدمة في سورة البقرة، وأول ما نزل من القرآن سورة سورة اقرأ، وهي متأخرة في المفصل والنسخ، إنما تختص بالمتأخر في التنزيل دون التلاوة.

فإن أشكل المتقدم والمتأخر، وجاز أن يكون كل واحدٍ منهما متقدماً أو متأخراً عدل إلى الدليل، وهو بيان الرسول ﷺ، فإن ثبت عنه بيان الناسخ من المنسوخ عمل عليه، وكانت السنة مبينة ولم تكن ناسخةً. وإن عدم بيان الرسول ﷺ عدل إلى الدليل الثالث وهو الإجماع، فإن انعقد الإجماع على تعيين الناسخ والمنسوخ عمل عليه، وكان الإجماع مبيناً ولم يكن ناسخاً. وإن عدم الإجماع عدل إلى الدليل الرابع وهو الاستعمال، فإذا كان أحدهما مستعملاً والآخر متروكاً كان المستعمل ناسخاً والمتروك منسوخاً. فإن لم يوجد في الاستعمال بيان إما لاشتباهه أو لاشتراكه عدل إلى الدليل.

الخامس: وهو الترجيح بشواهد الأصول والأدلة وكانت غاية العمل به. وقال بعض أهل العلم: كل آية منسوخةٍ ففي ضمن تلاوتها ما يدل على أن حكمها غير ثابت على الإطلاق، كقوله تعالى في سورة النساء في حد الزنا: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥]، أن حكمها لا يدوم، فنسختها آية النور في قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا﴾ [النور: ٢] الآية، [١٠٩/أ] ولهذا قال النبي ﷺ: «خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا» الخبر. وهذا الذي ادّعاه هذا القائل يبعد أن يوجد في كل آيةٍ منسوخة، لكنه معتقد لمذهب أبي حنيفة في أن الزيادة على النص تكون نسخاً، فيجعل ذلك من شواهد المنسوخ، وليست الزيادة على النص عندنا نسخاً.

وأما القسم السابع في الفرق بين التخصيص والنسخ: والفرق بينهما من خمسة أوجه: **أحدها**: أن تخصيص العموم يجوز أن يكون مقترناً به ومتقدماً عليه ومتأخراً عنه، ولا يجوز أن يكون الناسخ متقدماً على المنسوخ ولا مقترناً به، بل يجب أن يتأخر عنه.

والثاني: التخصيص بيان ما أريد بالعموم، والنسخ بيان ما لم يرد بالمنسوخ.

والثالث: تخصيص العموم يجوز أن يكون بغير جنسه بخلاف النسخ.

والرابع: يجوز التخصيص في الأحكام والأخبار، والنسخ يختص بالأحكام.

والخامس: التخصيص على الفور، والنسخ على التراخي. فهذا كله بيان الأقسام السبعة من أحكام الأصل وهو الكتاب.

وأما الأصل الثاني وهو أصل الشرع؛ السنة: وهذا لأن الله تعالى ختم برسوله ﷺ

النبوة وكمل به الشريعة، وجعل الله بيان ما أخفاه من مجملٍ ومتشابهٍ، وإظهار ما يشرعه من أحكام ومصالح، فقال تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤].

ولما جعله الله تعالى بهذه المنزلة أوجب على الناس طاعته في قبول ما يشرعه لهم وامتثال ما يأمرهم به وينهاهم عنه، فقال تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾ [الحشر: ٧] الآية، فأوجب عليه لأمته أمرين؛ البيان والبلاغ، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغْ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ﴾ [المائدة: ٦٧] الآية، وأوجب للرسول على أمته ﷺ أمرين؛ طاعته في قبول قوله، [١٠٩/ب] وأن يبلغوا عنه ما أخبرهم به، كما قال ﷺ: «ليبلغ منكم الشاهد الغائب». وقال ﷺ: «بلغوا عني ولا تكذبوا عليَّ، فرب مبلغ أوعى من سامعٍ، ورب حامل فقهٍ إلى من هو أفقه منه».

ولما كان الرسول ﷺ لا يقدر أن يبلغ جميع الناس للعجز عنه، اقتصر على إبلاغ من حضر لينقله الحاضر إلى الغائب. ولما لم يبق فيهم إلى الأبد، وكل من يأتي في عصرٍ بعد عصرٍ يأخذون عمن تقدمهم من عصرٍ لينقل عنه كل سلفٍ إلى خلفهِ، فيستديم على الأبد نقل سنته، ويعلم جميع من يأتي بشرائعه، فصار نقل الأخبار عنه أصلاً من أصول الشرع.

ثم الأخبار على ثلاثة أضربٍ؛ أخبار استفاضة، وتواتر، وآحادٍ.

فأما الاستفاضة: أن تبدو منتشرة من البر والفاجر، ويتحققها العالم والجاهل، فلا يختلف فيها مخبر، ولا يتشكك فيها سامع، ويكون انتشارها في ابتدائها كانتشارها في آخرها، وهذا أقوى الأخبار حالاً وأثبتها حكماً. وأما التواتر فما ابتدأ به الواحد بعد الواحد حتى يكثر عددهم ويبلغوا قدراً ينتفي عن مثلهم التواطؤ والغلط، ولا يعترض في خبرهم تشكك ولا ارتياب، فيكون في أوله من أخبار الآحاد، وفي آخره من أخبار التواتر، فيصير مخالفاً لخبر الاستفاضة في أوله وموافقاً له في آخره، ويكون الفرق بين خبر الاستفاضة وخبر التواتر من ثلاثة أوجهٍ: **أحدها**: ما ذكرنا من اختلافهما في الابتداء واتفاقهما في الانتهاء.

والثاني: أن أخبار الاستفاضة لا يراعى فيها عدالة المخبر وفي التواتر يراعى.

والثالث: أن أخبار الاستفاضة [١١٠/أ] ينتشر من غير قصدٍ لروايتها، وأخبار التواتر ما انتشر عن قصد لروايتها.

ثم يستوي الخبران في انتفاء التشكك عنهما ووقوع العلم بهما، وليس العدد فيهما محصوراً ليكون أنفى للارتياب وأمنع من التصنع، وإنما الشرط فيهما أن ينتفي عن المخبرين بهما جواز التواطؤ على الكذب، ويمتنع اتفاقهم في السهو والغلط حتى يزول الشك ويحصل اليقين، ثم ينتهي إلى عصرٍ بعد عصرٍ على مثل هذه الحال، فالمستفيض من أخبار السنة مثل عدد الركعات، والمتواتر فيها مثل نصب الزكوات. فإن قيل: فقد استفاض في النصارى قتل عيسى ـ عليه السلام ـ وقد أخبر الله تعالى بكذبهم. قيل:

إنما استفاض عن أربعة نفرٍ، ثم استفاض عنهم الخبر فصار أصله من أخبار الآحاد وانتشاره من أخبار الاستفاضة.

وأما أخبار الآحاد فهو: ما أخبر به الواحد والعدد القليل الذي يجوز على مثلهم التواطؤ على الكذب، أو الاتفاق في السهو والغلط، وهي على ثلاثة أضربٍ؛ أخبار المعاملات، وأخبار الشهادات، وأخبار السنن والديانات.

فأما أخبار المعاملات فلا يراعى فيها عدالة المخبر، وإنما يراعى فيها سكون النفس إلى خبره، فيقبل من كل برٍ وفاجرٍ، ومسلمٍ وكافرٍ، وصغير وبالغٍ. فإذا قال واحد منهم: هذه هدية فلانٍ إليك جاز القبول ويتصرف فيها بقوله، ولذلكَ لو قال: قد أذن لك فلان في دخول داره، وإنما لا تعتبر فيه العدالة؛ لأن العرف جاز باستنابة أهل البذلة فيه، ومن خرج عن حد الصيانة وذلك منافٍ لشروط العدالة. وأما أخبار الشهادات فيعتبر فيها شرطان ورود الشرع بهما وانعقد الإجماع عليهما:

أحدهما: العدالة؛ لأن المنتدب لها أهل الصيانة، فتعتبر العدالة ليكونوا من أهل الصدق والصيانة [١١٠/ب].

والثاني: العدد على ما ورد الشرع به من الاختلاف، فصارت الشهادة من هذين الوجهين أغلظ من أخبار المعاملات وإن كانا جميعا من أخبار الآحاد. وأما أخبار السنن في العبادات، فمختلف في قبول أخبار الآحاد فيها. فقال الأصم وابن عليّة: لا يقبل ويعدل إلى غيرها من أدلة الشرع؛ لأنها لا توجب العلم فلا توجب العمل. وذهب الجمهور إلى قبولها ووجوب العمل بها، لقوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ﴾ [التوبة: ١٢٢] الآية، فلو لم تلزم الحجة بالآحاد النافرة لأمر فيه بالتواتر والاستفاضة، ولأن النبي ﷺ بعث معاذاً ـ رضي الله عنه ـ إلى اليمن، فنقل السنن وعلمهم العبادات ونصب الزكوات وقبلوا. وقال بعض أصحاب الحديث: لا يجوز قبول خبر ممن لا يوافقه على مذهبه وهذا غلط، ويؤدي إلى إطراح أكثر السنن، ولأنه لما سقط عن رسول الله ﷺ فرض البلاغ بذكره للآحاد لزم فيها قبول أخبار الآحاد، ولأنه يجوز العمل على قول مفتي واحد وهما في أحكام الدين سواء. وذهب بعض أهل العراق إلى أنها لا تقبل إلا عن اثنين حتى تتصل بالرسول ﷺ كأقل الشهادات.

وذهب آخرون إلى أنها لا تقبل إلا من أربعة عن أربعة كأكثر الشهادات. وعندنا وعند الجمهور خبر الواحد والجماعة في وجوب العمل بها واحد، وقد عمل أبو بكر ـ رضي الله عنه ـ في ميراث الجدة على خبر الواحد، وأخذ الجزية من المحبوس. وعمل عمر ـ رضي الله عنه ـ على خبر الواحد في دية الجنين، لأن ما يجوز على [١١١/أ] الواحد يجوز على الاثنين والأربعة وليس اعتبار أخبار السنن بالشهادة أولى من اعتبارها بأخبار المعاملات؛ لأنها واسطة بينهما فاعتبر فيها العدالة كالشهادة، وقبل فيها خبر الواحد كالمعاملة.

ثم اعلم أنه يجب العمل بما تضمنها ما لم يمنع منه العقل. وقال أبو حنيفة: لا يعمل بها إذا خالفت الأصول ولهذا ردَّ خبر المصراة وخبر... وقال مالك: لا يعمل بها إذا خالفت عمل أهل المدينة، ولذلك لم يعمل على خبر خيار المجلس وهو الراوي له، وهذا غلط؛ لأن الخبر أصل فلم يجز أن يدفع بأصلٍ وهو حجة على أهل المدينة فلم يدفع بعلمهم[1].

وإذا وجب العمل فهو غير موجب للعلم الباطن بخلاف المستفيض والمتواتر، وهل يوجب العلم الظاهر؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يوجب؛ لأن ظاهر العلم من نتائج باطنه فلم يفترقا. **والثاني**: يوجب؛ لأن سكون النفس إليه موجب له ولولاه لكان ظناً.

ثم الكلام في السنن يشتمل على فصلين؛ **أحدهما**: في أحوال الرواة الناقلين لها.

والثاني: في أحكام المتون المعوّل عليها.

فأما الأول ففيه خمسة فصولٍ؛ **أحدها**: في صفات الراوي.

والثاني: في شروط التحمل. **والثالث**: في صيغة الأداء.

والرابع: في أحوال الإسناد.

والخامس: في نقل السماع.

فأما الأول: فيعتبر فيه أربعة شروطٍ: **أحدها**: البلوغ، فإنه لا حكم لقول الصغير في حق نفسه فكيف في حق غيره.

والثاني: العقل، ولا يقتصر على الذي يتعلق به التكليف حتى ينضم إليه التيقظ والتحفظ، فيفرق بين الصحيح والباطل ليصح تمييزه.

والثالث: [١١١/ب] العدالة في الدين؛ لأن الفاسق مردود القول فيه، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦].

ولا يرد خبر أهل الأهواء والبدع ما لم يكفروا غيرهم، ويظهروا عنادهم، وقد اتهم بذلك كثير من التابعين فما ردت به أخبارهم، وشدد بعض أصحاب الحديث فقال: لا يقبل خبرهم، وقد ذكرنا ذلك من قبل.

والرابع: أن يكون مأمون الزلل، شديد اليقظة، بعيداً من السهو والغفلة حتى لا يشتبه عليه الكذب بالصدق، ويكون على ثقة من نفسه ويكون الناس على ثقةٍ به.

وحكي عن مالك ـ رحمه الله ـ أنه قال: لقد سمعت من سبعين شيخاً أتقرب إلى الله تعالى بأدعيتهم لا أروي عن أحدهم. وإنما قال هذا لأنهم كانوا أهل سلامةٍ لا تؤمن غفلتهم وإن قويت ديانتهم.

ولا فرق بين الجاهل والعالم إذا كان ضابطاً؛ لأن الصدر الأول قبلوا روايات الأعراب وأهل البوادي، وقال رسول الله ﷺ: «رب حامل فقهٍ إلى من هو أفقه منه».

---

(١) في الحاوي: «بعملهم».

ويقبل خبر الأعمى وإن لم تقبل شهادته، وكذلك يقبل خبر العبد والمرأة؛ لأن فتواهما مقبولة لاختصاصه بالدين.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل أخبار النساء في الدين إلا أخبار عائشة وأم سلمة رضي الله عنهما. هكذا ذكر صاحب «الحاوي»(١) عنه ولا يصح، قلنا: لو كان نقص الأنوثة مانعاً لعمَّ، ولأنه يقبل قول المرأة في الفتوى وهو أغلظ.

وأما شروط التحمل فللمستمع أربعة أحوالٍ؛ **أحدها**: أن يسمعه من لفظ المحدث.

والثاني: أن يقرأه عليه.

والثالث: أن يجيزه المحدث.

والرابع: أن يكاتبه المحدث. فأما الأول فيصح تحمله عنه سواء كان عن قصدٍ واسترعاء، أو كان باتفاق ومذاكرة بخلاف الشهادة، ويجوز أن يكون المحدث أعمى أو أصم، ولا يصح السماع إن كان المتحمل أصم ويصح إن كان أعمى.

وأما [١١٢/أ] قراءة المستمع على المحدث فيصح تحمله كما لو قرأه المحدث، وكذلك لو قرأه غير المستمع على المحدث كان كما لو قرأه المستمع، ومن شرط صحة السماع في هذا شيئان: **أحدهما**: أن يكون المحدث سميعاً، فإن كان أصم لم يصح.

والثاني: أن يعترف المحدث بصحة ما قرأه عليه، ولا يصح التحمل إن لم يعترف به، ويجوز أن يكون القارىء أصم.

وأما الإجازة فلا يصح التحمل بالإجازة عند الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وجماعةٍ، وأجازه بعض أصحاب الحديث في الأحوال. وقال بعضهم: يعتبر في صحة الإجازة أن يسلم الكتاب من يده عند إجازته، فيصح التحمل إذا قال: قد أجزت لك ما في هذا الكتاب، ولا يصح إن لم يسلم الكتاب. وقيل: لو صحت الإجازة بطلت الرحلة، وقد يتدلس في الإجازة الفاسد بالصحيح والمجهول بالمعروف.

فأما المكاتبة: فلا يصح فيها التحمل.

فإن قيل: فقد كتب رسول الله ﷺ إلى عماله في السنن والأحكام كتباً عملوا عليها وأخذ الناس بها، منها كتابه لعمرو بن حزم في الديات، والصحيفة التي أخذها أبو بكر ـ رضي الله عنه ـ من قراب سيفة في نُصب الزكوات. قلنا: قد كانت ترد مع رسل يعوّل على خبرهم بها.

ويصح سماع غير البالغ إذا كان مميزاً سمع ابن الزبير وكان ابن تسع سنين حين مات رسول الله ﷺ، وسمع ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قبل بلوغه وقبل الناس روايتهما بعد البلوغ. وهكذا لو كان كافراً ثم أسلم، أو كان فاسقاً ثم اعتدل؛ لأن شرط صحة التحمل صحة التمييز وحده.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٨٩).

وأما صفة الأداء: فيعتبر في المحدث إذا روي بعد ما قدمناه من شروط التحمل شرطان؛ **أحدهما**: ذكر إسناده.

والثاني: التحري في لفظ متنه. ثم له حالتان:

إحداهما: أن يحدث من حفظه فيصح السماع منه [١١٢/ب] إذا وثق بحفظه.

والثانية: أن يحدث من كتابه، فإن كان أعمى لا تصح روايته من كتابه لأن الكتب قد تشتبه عليه، وإن كان بصيراً صح أن يروي كتابه بشرطين؛ **أحدهما**: أن يكون واثقاً بكتابه.

والثاني: أن يكون ذاكراً لوقت سماعه. فإن أخل أحدهما لم تصح روايته.

ومنع أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ أن يروي من حفظه كما لا يجوز للشاهد أن يشهد من حفظه، ولا يصح هذا لقوله ﷺ: «قيدوا العلم بالكتاب»[١]. ولو لم يصح الرجوع إليه لكان الأمر بتقييده غير مفيدٍ. وروي أن رجلاً شكا إلى رسول الله ﷺ النسيان، فقال له: «حرك يدك»[٢]، أي اكتب حتى ترجع إذا نسيت إلى ما كتبت. وقد كتب عثمان ـ رضي الله عنه ـ حين جمع القرآن عدة مصاحف ونفذها إلى الأمصار، فحفظ المسلمون منها القرآن.

والفرق بين الشهادة والخبر أن الشهادة يفترق فيها حال الشاهد والمشهود عليه فتغلظت بالحفظ كما تغلظت بالعدد، وفي الحديث يشترك المحدث والمستمع فتخففت بالكتاب. وقد صارت الرواية في عصرنا من الكتاب أثبت عند أصحاب الحديث من الحفظ لما يرجعون إليه من شواهد الأصول في صحة السماع.

ويجوز أن يقول المحدث في روايته: «حدثنا» و«أخبرنا» وهما عند الشافعي سواء في الحكم، ولكن الأولى في عرف أصحاب الحديث أن يسمع من لفظ المحدث أن يقول: «حدثنا» وإن قرأه على المحدث أن يقول: «أخبرنا» وإن سمع وحده قال: «حدثني» و«أخبرني»، وإن سمع مع جماعة قال حدثنا وأخبرنا لتكون هذه الحروف تذكيراً بأصل السماع وإن كانت في الحكم سواء. ويجوز أن يقبل في رواية المحدث فيما يعود نفعه إليه، ولا يجوز ذلك في الشهادة، وهذا لاشتراك الناس في السنن والديانات وافتراقهم في الشهادات. [١١٣/أ] وإذا أسند الراوي حديثه من رجلٍ، فأنكر ذلك الرجل الحديث أو نسيه لم يقدح في صحة الرواية، ولا يجوز للمحدث أن يرويه عن المستمع إن أنكره، ويجوز أن يرويه عنه إن نسيه، وقد روى ربيعة بن عبد الرحمن عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد، ثم نسي سهيل الحديث فأخبره به ربيعة، فصار سهيل يقول: أخبرني ربيعة عني أنني حدثته عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد.

(١) أخرجه الحاكم (١/ ١٠٦).

(٢) أخرجه الترمذي (٢٢٦٦)، والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ٨٣).

وإذا عمل الراوي بغير روايته لم يقدح في صحة الرواية؛ لأن أبا هريرة روى غسل الإناء من ولوغ الكلب سبعاً، وأفتى بغسله ثلاثاً، فعملوا على روايته دون فتياه، لجواز أن يكون قد نسي الرواية فأفتى بغيرها؛ وروايته حجة وفتواه ليست بحجةٍ.

وأما تفسير الراوي للحديث الذي رواه، فإن كان من الصحابة الذين سمعوا لفظ الرسول ﷺ وشاهدوا مخرج كلامه حمل على تفسيره، كما فسر ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ افتراق المتبايعين أنه بالأبدان دون الكلام، فحمل على تفسيره. وإن كان هذا المحدث من دون الصحابة لم يكن تفسيره حجةً؛ لأنه وغيره سواء.

وأما أحوال الإسناد: فصحته معتبرة بثلاثة شروط أن يكون الإسناد متصلاً بالرسول ﷺ، فإن كان مرسلاً أو منقطعاً لم يجز. والمرسل: أن يروي التابعي عنه ﷺ وهو لم يشاهده ولا يرويه عن صحابي شاهده. والمنقطع أن يكون من الروايتين رجل لم يذكر، فالمنقطع لا يكون حجة، ووافقنا أبو حنيفة فيه. والمرسل عند أبي حنيفة حجة وربما جعله أقوى من المسند لثقة التابعي بصحته في إرساله. [١١٣/أ] ولا يكون عند الشافعي ـ رضي الله عنه ـ حجة، ولا يجوز العمل به إذا انفرد حتى يسمى راوية عن رسول الله ﷺ؛ لأنه قد يجوز أن يسمعه عن مثله من التابعين، ويجوز أن يسمعه عمن لا يوثق بصحته، وقد قال الشافعي: «ومرسل سعيد بن المسيب عندنا حسن»، وهذا لأنه ما أرسل حديثاً إلا وقد وجد مسنداً عن أكابر الصحابة رضي الله عنهم.

وأما رواية الصحابة فلا مرسل فيها؛ لأنه إن قال: سمعت فلا شبهة في صحته، وإن قال: قال رسول الله ﷺ فالظاهر أنه عن سماعه منه، وإن سمعه من غيره فليس يرويه إلا عند مثله؛ لأن صحابة رسول الله ﷺ رضي الله عنهم محكوم بعد التهم، وجميعهم مقبول الرواية عنه لقوله ﷺ: «أصحابي كالنجوم، بأيهم اقتديتم اهتديتم». وقال ابن عباس رضي الله عنهما: ليس كل ما حدثتكم به سمعته من رسول الله ﷺ، ولكن سمعت وحدثني به أصحابه. فأجرى عليه أهل العلم وأصحاب الحديث أحكام المسند.

والثاني: أن تكون الرواية عن مسمى مشهور سمي به، حتى لا يقع التدليس في اسمه، فإن لم يسمه وقال: أخبرني الثقة، وأخبرني من لا أتهم، لم يكن حجة في صحة النقل؛ لأنه قد يثق به ويكون مجروحاً عند غيره.

فإن قيل: ذكر الشافعي مثل هذا. قلنا: قد اشتهر من عناه بهذا، وأراد بمن يثق به إبراهيم بن إسماعيل، فصار كالتسمية له وإن كان الأولى أن يصرح باسمه، لكنه ربما أشكل عليه في وقت الحديث اسم الراوي، وهو واحد في عدد ثقاتٍ، فيتخرج أن يسمى به من لا يقطع بصحته، فعدل عنه إلا ما لا جرح فيه [١١٤/أ] فقال: أخبرني الثقة، فلا وجه لمن أنكره عليه من أصحاب الحديث مع ظهور العذر فيه.

والثالث: أن يعرف عدالة كل واحدٍ من الرواة حتى يتصل ذلك بالصحابة، وليست رواية العدل عن غيره دليل على عدالته؛ لأن العدل قد يروى عن عدلٍ وغير عدلٍ. وقال الشعبي في روايته: حدثني الحارث الأعور وكان والله كاذباً.

فإن قيل: أفيجوز أن يروى عن غير عدلٍ. قيل: يجوز في المشاهير ولا يجوز في المناكير، ويجوز أن يروي المتقدم على المتأخر، فقد روى ابن سيرين، عن خالد الحذاء، عن أبي قلابة حديث القرعة، وسمع إبراهيم من الأعمش حديث قيام المأموم عن يمين الإمام.

وإذا كانت عدالة الرواة شرطاً في صحة الحديث، فحالهم ثلاثة أقسامٍ: **أحدها**: أن يعلم عدالتهم فيحكم بصحة الحديث.

والثاني: أن يعلم جرحهم أو جرح أحدهم فلا يحكم بصحته. **والثالث**: أن يجهل أحوالهم، فعند أبي حنيفة يقبل ما لم يعلم الجرح، وعند الشافعي لا يقبل إلا أن يعلم التعديل فيكشف عن عدالتهم.

فإن شهد قوم بالتعديل وقوم بالجرح، فالجرح أولى ولا يقبل الجرح حتى يذكر ما به صار مجروحاً. فإن وجدوه كذب في حديث يرد جميع أحاديثه المتقدمة، ووجب نقض ما عمل به منها وإن لم ينقض بشهادة من حدث فسقه؛ لأن الحديث حجة لازمة لجميع الناس وفي جميع الأعصار، فكان حكمه أغلظ من الشهادة الخاصة، وفي تعديل الراوي وجهان:

أحدهما: أنه يجري مجرى الخبر؛ لأنه داخل في عموم الأخبار، فعلى هذا يقبل في عدالته خبر الواحد وخبر المحدث.

والثاني: يجري مجرى الشهادة؛ لأنه حكم على غائبٍ فلا يقبل في تعديله أقل من شاهدين. وفي جواز أن يكون المحدث أحدهما [١١٤/ب] وجهان، كما لو عدل شهود الفرع شهود الأصل.

وأما الجرح فلا يقبل فيه أقل من شاهدين؛ لأنها شهادة على باطن مغيب. فأما الصحابة رضي الله عنهم فلا يعتبر فيهم إلا صحبتهم، فإذا صحت قبلت أحاديثهم إذا خرجوا عمن اشتهر بالنفاق؛ لأن الله تعالى اختار لرسوله ﷺ من رضي عنهم ووصفهم بالرحمة، فقال تعالى: ﴿رُحَمَآءُ بَيۡنَهُمۡۖ تَرَىٰهُمۡ رُكَّعٗا سُجَّدٗا﴾ [الفتح: ٢٩]. فأما من عرف من الرواة بالتدليس فصفتان: **أحدهما**: من عرف بتدليس متون الأحاديث، فهذا مجروح العدالة مطروح الأحاديث وهو ممن يحرف الكلم عن مواضعه.

والثاني: من عرف منه تدليس الرواة مع صدقه في المتون. فقد حكي أن شريكاً وهشيماً والأعمش كانوا مدلسين. وقيل: إن التدليس في أهل الكوفة أشهر منه في أهل البصرة، واتهم سفيان بن عيينة بالتدليس في حديثٍ رواه عن عمرو بن دينارٍ وكان بينه وبين عمرو بن دينار في ذلك الحديث ثلاثة رجالٍ، فقيل له بعد الرواية عنه من حدثك بهذا؟ فقال: حدثني علي بن المديني، عن أبي عاصم، عن ابن جريج، عن عمرو بن دينارٍ فاعله بعض أصحاب الحديث من أجل هذا، ونسب إلى التدليس وإن كان ثقة عدلاً.

ثم لا يخلو حال التدليس في أسماء الرواة من إحدى حالتين:

إحداهما: أن يكون في إبدال الأسماء بغيرها فيعدل عن اسم زيد بن خالد فيسميه بعمرو بن بكر لنزول من عدل عن اسمه وارتفاع من عدل إلى اسمه، فهذا كذب يرد حديثه به.

والثانية: أن يكون التدليس في إطراح اسم الراوي الأقرب وإضافة الحديث إلى من هو أبعد، كالذي حكي عن سفيان بن عيينة [في حديثه عن عمرو بن دينار] وبينهما في بعض [١١٥/أ] الأحاديث رجال، وإن سمع منه أكثرها فلا يكون هذا التدليس مجروحاً، ولكن لا يقبل حديثه إذا روي عن فلانٍ، حتى يقول: «حدثني» أو «أخبرني»، فإذا قال ذلك زال احتمال التدليس فيقبل حديثه.

وشدد بعض أصحاب الحديث حال التدليس، فيقبل حديثه حتى يقول: «سمعت»، ولا ولا يقبله إذا قال: «حدثني» أو «أخبرني»، كما لا يقبله إذا قال: «عن فلان».

ولو كان موثوقاً بأنه لا يدلس سمعت روايته عن فلانٍ، وإن لم يقل: «حدثني» أو «أخبرني» كما يقبل من مالكٍ، عن نافعٍ، عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وأما القسم الخامس في نقل السماعَ فللراوي في نقل سماعه أربعة أحوالٍ: **أحدها**: أن يروي ما سمعه بألفاظه وعلى صفته.

والثاني: أن يروي معناه بغير لفظه.

والثالث: ينقص منه. **والرابع**: أن يزيد عليه.

فأما الحالة الأولى فلا يخلو مصدره من رسول الله ﷺ أن يكون ابتداءً أو جواباً. فإن كان ابتداءً وحكاه فقد أدى الأمانة فيه كقوله ﷺ: «مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم». وإن كان جواباً عن سؤال فهو على ثلاثة أضربٍ:

أحدهما: أن يكون الجواب مغنياً عن ذكر السؤال كما سئل رسول الله ﷺ عن التوضأ بماء البحر، فقال: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته»، فالراوي فيه مخير بين ذكر السؤال وتركه.

والثاني: يفتقر الجواب إلى ذكر السؤال كما سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «أينقص الرطب إذا يبس؟» فقيل: نعم، فقال: «فلا إذاً». فلا يجوز أن يقتصر على رواية الجواب حتى يذكر السؤال؛ لأن قوله: «فلا إذاً» لا يفهم إلا بذكر السؤال.

والثالث: أن يكون إطلاق الجواب يحتمل أمرين، فإذا نقل السؤال بقي أحد الاحتمالين، كما سئل رسول الله [١١٥/ب] ﷺ عن الناقة تذبح فيوجد في جوفها جنين ميت أفيؤكل؟ فقال: «ذكاته ذكاة أمه». فلو قاله ابتداءً لاحتمل أن تكون ذكوته مثل ذكوة أمه، ويحتمل أن يستباح بذكاة أمهَ فإذا ذكر السؤال صار الجواب محمولاً على أنه يستباح بذكاة أمه فيكون الإخلال بذكر السؤال تقصيراً عن البيان فكره وإن لم يلزم. ويستوي في هذا من هو أصل الخبر كالصحابي ومن تفرع عليه من التابعين ومن دونهم.

والحالة الثانية: أن يروي معنى الحديث بغير لفظه، فهو ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون في الأوامر والنواهي كقوله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب»، فيروى: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الذهب بالذهب إلا سواء بسواء. وبقوله ﷺ: «اقتلوا الأسودين في الصلاة»، فهذا جائز؛ لأن افعل أمر ولا تفعل نهي، وكان الراوي فيهما مخيراً، ويستوي في هذا التخيير من كان أصل الخبر من الصحابة، ومن صار فرعاً فيه كالتابعين ومن بعدهم.

والثانية: أن يكون في نقل كلام قاله بألفاظ ويكون الكلام يحتمل الألفاظ أو خفي المعنى، كقوله ﷺ: «لا طلاق في الإغلاق». فينبغي أن ينقله بلفظه ولا يعبر عنه بغيره [ليكون ما تضمنه من الاحتمال والخفاء](١) فإنه لم يذكره محملاً ولا خفياً إلا لمصلحة وليكل استنباطه إلى العلماء.

والثالث: أن يكون المعنى جلياً غير محتمل، كقوله ﷺ: «الخير كثير وقليل فاعله»(٢)، فلا يجوز لمن سمع كلامه من التابعين ومن بعدهم أن يورد المعنى بغير لفظه حتى ينقل اللفظ على صيغته، ويورد المعنى [١١٦/أ] بألفاظه.

وهل يجوز لمن شاهده ﷺ من الصحابة وعرف مخرج كلامه، أن يورد المعنى بغير لفظه؟ وجهان لأصحابنا: **أحدهما**: لا يجوز كغيره من التابعين.

والثاني: يجوز له؛ لأنه أعرف بفحواه من غيره.

وقال صاحب «الحاوي»(٣): والذي أراه أنه إن كان يحفظ اللفظ لم يجز أن يرويه بغير لفظه؛ لأن في كلام الرسول ﷺ من الفصاحة ما لا يوجد في كلام غيره، وإن لم يحفظ اللفظ جاز أن يورد معناه بغير لفظه؛ لأن الراوي قد يحمل أمرين؛ اللفظ والمعنى، فإن قدر عليهما لزمه أداءهما وإن عجز عن اللفظ وقدر على المعنى لزمه أداؤه لئلا يكون مقصراً في نقل ما تحمل، فربما تعلق بالمعنى من الأحكام ما لا يجوز أن يكتمه، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] الآية.

والحالة الثالثة: أن ينقص من ألفاظه، وهذا على ثلاثة أضربٍ:

أحدها: أن يصير الباقي منه مبتَّراً لا يعلم معناه فلا يصح ذلك منه، وعليه أن يستوفيه لتتم فائدة الخبر.

والثاني: أن يكون الباقي مفهوماً ولكن يكون ذكر المتروك يوجب اختلاف الحكم في المذكور، مثل قوله ﷺ لأبي بردة بن نيار وقد ضحى قبل الصلاة قال له: «أعد أضحيتك»، فقال: ليس عندي إلا جزعة من المعز، فقال: «تجزيك ولا تجزىء أحداً بعدك». فلو روى الناقل: «تجزيك» لفهم أنها تجزي جميع الناس، فلما قال: «ولا تجزي أحداً بعدك»، دل على اختصاصه بهذا الحكم فلا يجوز تركه وإن كان ما رواه مفهوماً.

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الحاوي (١٦/ ٩٧).

(٢) أخرجه ابن سعد (١/ ٢/ ٦٨)، وأبو نعيم في «تاريخ أصفهان» (١/ ٢٠٣).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٩٧).

والثالث: أن يكون الباقي مفهوماً مستقل الحكم، كقوله ﷺ: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته»، فيجوز أن يقتصر [في الرواية على أحدهما][١] فيروي: «هو الطهور ماؤه» أو يروي «الحل ميتته» لأنهما كلمات فلم يلزم الجميع [١١٦/ب] بينهما في الرواية إلا أن يتعين عليه فرصة الإبلاغ عند الحاجة إليه فيلزمه أداء ما تحمل كالشاهد.

والحالة الرابعة: أن يزيد في الخبر، وهو على ثلاثة أضربٍ: **أحدهما**: أن تكون الزيادة شرحاً للحال كما نهى ﷺ عن تلقي الركبان، وأن يبيع حاضر لبادٍ، فيزيد فيه ذكر السبب الذي دعاه إلى هذا القول فيصح هذا من الصحابي؛ لأنه قد شاهد الحال دون التابعي.

والثاني: أن تكون الزيادة تفسيراً لمعنى الكلام كنهيه ﷺ عن المحاقلة والمزابنة، فيجوز للراوي من صحابي وتابعي أن يفسر معناها في روايته، فتصير الزيادة تفسيراً فيجوز، ولكن إن فسرها الصحابي لزم قبول تفسيره بغير دليلٍ، وإن فسرها التابعي لم يلزم قبوله إلا بدليل.

والثالث: أن تخرج الزيادة عن شرح السبب وتفسير المعنى فما هي إلا كذب صريح، وقد نزه الله تعالى عنه صحابة رسوله ﷺ، وقد قال ﷺ: «من كذب عليَّ متعمداً فليتبوأ مقعده من النار».

وأما الأصل الثاني من أحكام المتون المنقولة والسنن المروية، فجمع ما ذكرنا أن كتاب الله تعالى يشتمل عليه من الأقسام الستة وهي العموم والخصوص، والمفسر والمجمل، والمطلق والمقيد، والإثبات والنفي، والمحكم والمتشابه، والناسخ والمنسوخ فمثلها موجود في السنة وأحكامها على ما ذكرناه في الكتاب.

ثم تختص السنة بأصول تشتمل عليها ثلاثة أقسام؛ ما يؤخذ من السنة والثاني ما يجب بيانه بالسنة والثالث ما يلزم العمل به من السنة فأما الأول عن الرسول ﷺ من ثلاثة أوجهٍ **أحدها**: [١١٧/أ] من قوله. **والثاني**: من فعله. **والثالث**: من إقراره.

فأما أقواله فهو مطاع فيها، قال الله تعالى: ﴿أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ﴾ [النساء: ٥٩] الآية. وهي على أربعة أضربٍ؛ أمر، ونهي، وخبر، واستخبار فيطاع في أوامره ويتبع في نواهيه ويصرف في خبره ويجاب عن استخباره. ثم ينقسم قسمين؛ **أحدهما**: ما ابتدأه.

والثاني: ما كان جواباً عن سؤال.

فأما المبتدأ من قوله فيشتمل على خمسة أقسامٍ؛ عبادات، ومعاملات، وترغيب، وترهيب وتأديب.

فأما العبادات: فتردد بين وجوبٍ وندبٍ. وأما المعاملات: فتردد بين إباحةٍ وحظرٍ. وأما الترغيب بالثواب فداعٍ إلى الطاعة.

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الحاوي (١٦/ ٩٨).

وأما الترهيب بالعقاب فزاجر عن المعصية. وأما التأديب: فباعث على الجملة والألفة. وبهذا تتم مصالح الدين والدنيا.

وأما ما كان جواباً عن سؤالٍ فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما قابل السؤال فلم يزد عليه ولم ينقص منه، كما سئل رسول الله ﷺ عن الاستطاعة في الحج، فقال: «زاد وراحلة»، وهذا حد الجواب أن يكون مطابقاً للسؤال.

والثاني: أن يكون الجواب أزيد من السؤال، كما سُئل رسول الله ﷺ عن ماء البحر فقال: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته»، فتكون الزيادة على السؤال بيان شرع مبتدأ.

والثالث: أن يكون الجواب أنقص [من السؤال](١) فله أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون نقصان الجواب لخطأ السائل، كما سُئل رسول الله ﷺ عما يلبس المحرم، فقال: «لا يلبس قميصاً ولا عمامة».

والثاني: أن يكون في كتاب الله تعالى بيان كيفية السؤال، كما سأل عمر ـ رضي الله عنه ـ رسول الله ﷺ عن الكلالة فقال: [١١٧/ب] «يكفيك آية الصيف».

والثالث: أن يكون في بعض الجواب تنبيه على بقية الجواب، كما سُئل عمر عن قبلة الصائم، فقال: أرأيت لو تمضمضت.

والرابع: أن يكون لتوقفٍ عنه، فإن لم يكن له تعلق بالديانات لم يلزمه إتمام الجواب، وإن كان له تعلق بالديانات لزم إتمام الجواب لما فيه من إظهار دين الله تعالى، وليس يتوقف إلا ليتوقع أمر الله تعالى وبيانه، كما سأله ﷺ أسيد بن حضير عن الحيض، فتوقف حتى نزل فيه: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢] الآية.

وأما أفعال الرسول ﷺ فضربان: **أحدهما**: ما يتعلق بالديانات كأكله ومشربه وملبسه فيدل على الإباحة، لأن أفعاله ﷺ تتردد بين الحسن والجائز، ولا يفعل ما يقبح في العقل أو يكره في الشرع، فيكون التآسي به أبرك من المخالفة له، قال الله تعالى: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١]، إلا أن يقوم دليل على اختصاصه بالإباحة، كما في الناكح فلا يجوز اتباعه فيه.

والثاني: ما اختص بالديانات فله ثلاثة أحوالٍ:

أحدها: أن يأمر باتباعه فيها، كما قال ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي». وقال ﷺ في الحج: «خذوا عني مناسككم». فيكون اتباعه فيها فرضاً لاقتران أمره بفعله.

والثانية: أن ينهى عن اتباعه فيها، كما نهى ﷺ عن الوصال وانتهى الناس، ثم إنه ﷺ واصل فواصلوا، فقال ﷺ: «إني لست مثلكم، إني أطعم وأسقى».

فلا يجب علينا اتباعه فيه لنهيه، وهذا كله على ثلاثة أضرب: **أحدها**: ما كان له مباحاً وعلينا محظوراً كالمناكح.

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الحاوي (١٦/ ٩٩).

والثاني: ما كان له مستحباً ولنا مكروهاً كالوصال.

والثالث: [١١٨/أ] ما كان عليه فرضاً وعلينا ندباً، كالسواك والوتر والأضحية وغيرها كما في الخبر.

والحالة الثالثة: أن تتجرد أفعاله عن أن يأمر بها أو ينهى عنها، فاتباعه فيها ندب، وهل يكون فرضاً أو مستحباً؟ فيه وجهان: قال الأكثرون: يستحب إلا أن يقترن بها أمر؛ لأنه قد كان يستيسر بكثير من أفعاله، فلو كان اتباعه فيها فرضاً لأظهرها كما أظهر أقواله ليكون البلاغ بها عاماً.

والثاني: اتباعه فيها فرض ما لم ينه عنه. وروي أن رجلاً أرسل إلى أم سلمة يسألها عن قبلة الصائم، فقالت: إن رسول الله ﷺ قد قبل وهو صائم. فقال الرجل: لسنا كرسول الله ﷺ، إن الله قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، وأعاد زوجته لتسأل، فذكرت أم سلمة ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «إني لأرجو أن أكون أتقاكم لله وأعلمكم بحدوده» فدل على وجوب اتباعه في أفعاله. وأما إقرار رسول الله ﷺ على ما أقرهم عليه من بياعاتٍ ومعاملاتٍ، ومأكولٍ ومشروبٍ، وأبنية ومقاعد في الأسواق، فجميعها في الشرع مباح؛ لأنه لا يستجيز أن يقر الناس على منكرٍ محظورٍ، كما وصفه الله تعالى في قوله: ﴿ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِىَّ ٱلْأُمِّىَّ﴾ [الأعراف: ١٥٧] الآية، فدل أن ما أقر عليه خارج عن المنكر وداخل في المعروف. واختلف العلماء في حكم الاستباحة لذلك بعد الإقرار عليه على وجهين: **أحدهما**: أنها مستباحة بالعرف المتقدم دون الشرع.

والثاني: أنها مستباحة بالشرع حتى أقروا.

وهذا الوجهان من الاختلاف في أصول الأشياء قبل مجيء الشرع، هل كانت على الإباحة حتى حظرها الشرع، أو كانت على الحظر حتى أباحها الشرع.

وأما القاسم الثاني فيما يجب بيانه بالسنة [١١٨/ب] فعلى أربعة أضربٍ:

أحدها: ما لزمه بيانه في حقوق الله تعالى وحقوق عباده، وهو بيان ما أجمله الله تعالى في كتابه العزيز من الصلاة والزكاة، فالرسول ﷺ مأخوذ ببيانه في حق الله تعالى ليقام بحقه فيها، ومأخوذ بيانه في حقوق العباد ليعلموا ما كلفوا منها.

والثاني: ما لزم الرسول ﷺ بيانه في حقوق الله تعالى دون عباده، وهو تخصيص العموم يلزم بيانه في حق الله تعالى لاستثنائه له، ولا يلزم في حقوق العباد؛ لأنهم على العموم ما لم ينقلوا عنه.

والثالث: ما لزمه بيانه في حقوق العباد دون حقوق الله تعالى، وهو ما يستحق الثواب بفعله ولا يجب العقاب بتركه، كنوافل العبادات وأفعال القلوب.

والرابع: ما اختلف فيه وهو ما استأنف الرسول ﷺ بيانه من الأحكام التي ليست في كتاب الله تعالى، كالحكم بالشفعة للجار، والقضاء بالدية على العاقلة، وإعطاء السلب للقاتل، وأن لا ميراث لقاتل ونحو ذلك، فيلزم الرسول ﷺ بيانه في حقوق

العباد، لأنه لا طريق لهم إلى العمل إلا منه، وفي لزوم بيانها في حقوق الله تعالى وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في أنه هل يجوز للرسول ﷺ أن يحكم فيها باجتهاده؟ وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن الاجتهاد فضيلة، فكان النبي ﷺ بها أحق، والدليل عليه أيضاً قصة داود وسليمان ـ صلّى الله عليهما ـ في حكم الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم، فعلى هذا يكون هذا البيان لازماً في حقوق الله تعالى.

[١١٩/أ] **والثاني**: ليس له الاجتهاد؛ لأنه لا يسوغ الاجتهاد مع وجود النص وأوامر الله تعالى نصٌّ، وعلى هذا لا يكون هذا البيان لازماً في حقوق الله تعالى. وقال صاحب «الحاوي»(١): «الأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين في اجتهاده أن يكون اجتهاده معتبراً بالحكم، فإن كان مما يشارك فيه أمته، كنهيه عن الكلام في الصلاة، وكنهيه ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمتها لم يكن له أن يجتهد فيه حتى يأخذه عن أمر الله تعالى ووحيه، كما قال ﷺ لابن مسعود ـ رضي الله عنه: «إن الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء، وأن مما أحدث أن لا تتكلموا في الصلاة». وإن كان مما لا يشارك فيه أمته، كقوله ﷺ: «لا ميراث لقاتل» وكحده ﷺ لشارب الخمر، جاز أن يحكم فيه برأيه واجتهاده، وإنما كان كذلك لأن الأحكام هي إلزام من أمر المأمور فما دخل فيه أن يكون مأموراً به، وما لم يدخل فيه جاز أن يكون آمراً به؛ لأن المأمور غير الآمر».

وأما القسم الثالث فيما يلزم به من السنة فنقول: السنة إذا جاءت بحكم فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن تنفرد السنة بذلك الحكم، أو يقترن بها فيه أصل آخر.

فإن انفردت بذلك الحكم وجب العمل بها في التزام ذلك الحكم؛ لأنها أصل في أحكام الشرع سواء وافقها القياس أو لا. وقال أبو حنيفة: إن خالفت القياس الذي لا يحتمل كان العمل على القياس أولى من الأخذ بالسنة وهذا لا يصح؛ لأن القياس فرع السنة ولا يجوز [١١٩/ب] أن يكون رافعاً للسنة. وإن اقترن بالسنة في ذلك الحكم أصل آخر فهو على ثلاثة أضربٍ، كتاب الله تعالى، والسنة، والإجماع.

فأما الأول: فلا يخلو الكتاب من أن يكون موافقاً لحكم السنة أو منافياً له. فإن كان موافقاً له صار ذلك الحكم ثابتا بأصلين الكتاب والسنة. ونظر فيهما فإن تقدمت السنة به على الكتاب كان وجوبه بالسنة والكتاب مؤكداً، وإن تقدم الكتاب به على السنة كان وجوبه بالكتاب والسنة.

وإن كان الكتاب منافياً للسنة في ذلك الحكم فأثبته أحدهما ونفاه الآخر فهو على ثلاثة أضربٍ: **أحدها**: أن يتقدم الكتاب فيكون العمل على الكتاب دون السنة؛ لأن الكتاب لا ينسخ بالسنة.

والثاني: أن تتقدم السنة على الكتاب، فيكون العمل عند الشافعي بالسنة دون

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٠٣).

الكتاب؛ لأن عنده السنة لا تنسخ بالكتاب، وعلى قول ابن سريج يكون العمل على الكتاب دون السنة، وتكون السنة منسوخة بالكتاب.

والثالث: وإن وردا مورداً واحداً ولا يتقدم أحدهما على الآخر، فلأصحابنا فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يؤخذ فيه بكتاب الله تعالى؛ لأنه أصل السنة، وقد قال ﷺ: «ما آتاكم عني فاعرضوه على كتاب الله تعالى، فإن وافقه فاعرضوه على كتاب الله تعالى، فإن وافقه فاعملوا به، وإن خالفه فاتركوه».

والثاني: يؤخذ بحكم السنة لاختصاصها بالبيان، فالله تعالى يقول: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾ [الحشر: ٧].

والثالث: يجب التوقف عنهما حتى يقوم الدليل على ثبوت أحدهما.

وقال صاحب «الحاوي»(١): [١٢٠/أ] «والصحيح عندي أن ينظر في حكم السنة، فإن كان تخصيصاً حمل على السنة؛ لأن عموم الكتاب مخصوص بالسنة، وإن كان نسخاً عمل على الكتاب دون السنة؛ لأن الكتاب لا ينسخ بالسنة».

وأما الضرب الثاني في مقابلة السنة بالسنة، فإن اتفقا وكان الفعل فيهما موافقاً للقول، تأكد الحكم باجتماعهما فيه ووجب العمل به، وإن تنافيا فيه وكان الفعل في السنة مخالفاً للقول، مثل أن يرد عن الرسول ﷺ قول فيعمل بخلافه، والأحكام قد توجد من فعله كما توجد من قوله، فهذا على ثلاثة أضربٍ:

أحدها: أن يمكن استعمالهما على ما لا يتنافيان، مثل نهيه ﷺ عن الصلاة بعد العصر، ثم صلى بعد العصر. فحمل نهيه عن الصلاة التي لا سبب لها، ويحمل فعله على الصلاة التي لها سبب فيجب العمل بها، ويحمل كل واحدٍ منهما على ما يوجبه استعماله.

والثاني: أن يكون الرسول ﷺ مخصوصاً بذلك الفعل، كما بين اختصاصه بالوصال بعد نهيه عنه فيؤخذ بعموم نهيه ﷺ، ويعدل عن عمومه في حقه بفعله.

والثالث: أن لا يمكن استعمالها ولا يبين اختصاصه بأحدهما، فهذا يوجب أن يكون المتأخر منهما ناسخاً للمتقدم، والظاهر من مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن القول لا ينسخ إلا بالقول، والفعل لا ينسخ إلا بالفعل. وقال بعض أصحابنا: يجوز نسخ كل واحد منهما بالآخر؛ لأن كل واحد منهما سنة يؤخذ بها.

وقد روي أن النبي ﷺ قال في السارق: «فإن عاد في الخامسة فاقتلوه»، ثم رفع [١٢٠/ب] إلى النبي ﷺ في المرة الخامسة فلم يقتله، فدل على أن القتل منسوخ. وقال ﷺ: «الثيب بالثيب جلد مائةٍ والرجم»، ثم رجم ماعزاً ولم يجلده، فدل على أن الجلد منسوخ، فعلى مذهب من جوز نسخ القول بالفعل جعل فعله المتأخر ناسخاً لقوله المتقدم.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٠٤).

وعلى الظاهر من مذهب الشافعي أن القول لا ينسخ بالفعل، لكن يستدل بفعله المخالف لقوله على أنه قد تقدم على فعله قول فنسخ القول الأول، ثم ورد فعله المخالف بعد قوله الناسخ، فاقتصر الناس على نقل الفعل دون القول لظهور النسخ فيه. فإن لم يعلم المتقدم من المتأخر عدل عنهما إلى عمل الصحابة بأحدهما، وكان عمله بأحدهما دليلاً على نسخ الآخر، وإن لم يكن في العمل بيان وجب التوقف عنهما حتى يقوم الدليل على ثبوت أحدهما.

وأما الضرب الثالث: في مقابلة السنة بالإجماع فهو على ثلاثة أضرب: **أحدها**: أن يكون الإجماع موافقاً للسنة في العمل بها، كما قال ﷺ: «لا ميراث لقاتل، ولا وصية لوارث»، فيكون الحكم ثابتاً بالسنة والإجماع دليل على صحة النقل، فيصير هذا الخبر في حكم المتواتر وإن لم يكن متواتراً.

والثاني: أن ينعقد الإجماع على خلاف السنة، فيدل ذلك على أنها منسوخة أو نقلها غير صحيح، فيكون ذلك موجباً لترك السنة والعمل على الإجماع.

والثالث: أن يعمل فيها بعض الصحابة ويتركها بعضهم، فالعمل بالسنة واجبٌ [١٢١/أ] وإن تركها بعضهم؛ لأن التارك لها محجوج بها.

ولو رويت سنة لمن غاب عن الرسول ﷺ فعمل بها ثم لقيه هل يلزمه سؤاله عنها؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يلزمه ليكون على يقين من وجوب العمل بها.

والثاني: لا يلزمه؛ لأنه لو لزمه السؤال إذا حضر للزمه الهجرة إذا غاب.

وقال صاحب «الحاوي»[(١)]: «الصحيح عندي أن وجوب السؤال مختلف باختلاف السنة، فإن كانت تغليظاً لم يلزمه السؤال، وإن كانت ترخيصاً لزمه السؤال؛ لأن التغليظ التزام والترخيص إسقاط».

وإذا ظفر الإنسان براوي حديث عن رسول الله ﷺ يتعلق بالسنن والأحكام، فإن كان من العامة المقلدين لم يلزمه سماعه؛ لأن فرضية السؤال عن نزول الحوادث به، وإن كان من الخاصة المجتهدين لزمه سماع الحديث ليكون أصلاً في اجتهاده، ونقل السنن من فروض الكفايات، فإذا نقلها من فيه كفاية سقط فرضها عن الباقين [وإذا قصر ناقلوها عن الكفاية][(٢)] وإلا خرجوا أجمعين. والذي يدخل في فرض الكفاية من قبلت منه الرواية دون من لم تقبل، وعلى متحمل السنة أن يرويها إذا سئل عنها، ولا يلزمه روايتها إذا لم يُسئل، إلا أن يجد الناس على خلافها فيلزمه روايتها ليعملوا بها.

وأما الأصل الثالث من أصول الشرع وهو الإجماع: والإجماع أن يستفيض إثبات أهل العلم من دلائل الأحكام وطرق الاستنباط على قولٍ في حكم لم يختلف فيه أهل عصرهم، وتكون استفاضته عند أمثالهم من أهل العلم بعد عصرهم، فتعتبر الاستفاضة

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٠٦).

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الحاوي (١٦/ ١٠٦).

عن أهل العلم، وفي أهل العلم [١٢١/ب] ولا يكون لقول من خرج عن أهل العلم تأثير من وفاقٍ أو اختلافٍ، فهذا حد الإجماع وهو حجة في الأحكام.

وأنكر قوم مكان الإجماع وإن كان دليلاً، وأنكر قوم أن يكون دليلاً وإن أمكن، وقد دللنا على بطلانه فيما تقدم، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ﴾ [لقمان: ١٥] فدل أمره باتباعهم على إمكان اتفاقهم ووجوب إجماعهم، ثم نهى الله تعالى عن مخالفتهم بقوله تعالى: ﴿وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ﴾ [النساء: ١١٥]، فصار محظوراً ثم أكده بقوله تعالى: ﴿وَٱعْتَصِمُوا۟ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا۟﴾ [آل عمران: ١٠٣].

وروي أن النبي ﷺ قال: «الأمة المجتمعة حجة على من شذ عنها»، ثم أخبر أنهم لا يجتمعون إلا على حق، فقال تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ١١٠] الآية. ثم جعل أهل كل عصرٍ حجة على من بعدهم من الإعصار ليستديم الإبلاغ، فقال تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَـٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا۟ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾ [البقرة: ١٤٣].

ثم اختلف العلماء في أمة كل نبي هل يكون اجتماعهم حجة؟ فقال بعض المتكلمين: إجماع غير هذه الأمة لا يكون حجة، وبه قال ابن أبي هريرة؛ لأن اليهود والنصارى أجمعوا على قتل عيسى ـ عليه السلام ـ وأخبر الله تعالى بكذبهم. وقال آخرون منهم: يكون حجة على من بعدهم من أمتهم؛ لوجوب العمل بشرائع الأنبياء في عصرٍ بعد عصرٍ ما لم يرد نسخاً. وأما إجماعهم على قتل عيسى ـ عليه السلام ـ فإنما أجمعوا على نقل القتل المأخوذ عن آحاد [١٢٢/أ] فتعترضهم الشبهة ويجوز عليهم الكذب، والإجماع في النقل حق وإن كان القتل باطلاً.

وعلى هذا تعلق بالإجماع أربعة أحكام إمكان وجوده، ولزوم حجته، واشتماله على الحق، ووجوده في كل عصرٍ. ثم الكلام فيه يشتمل على أربعة فصولٍ:

أحدها: ما ينعقد عنه الإجماع.

والثاني: ما ينعقد به الإجماع.

والثالث: ما يستقر به الإجماع.

والرابع: في معارضة الاختلاف والإجماع.

فأما الأول فهو ينعقد عن دليلٍ أوجب اتفاقهم عليه؛ لأن ما لا يوجب له يتعذر الاتفاق فيه، والدليل الداعي إليه يكون من سبعة أوجهٍ:

أحدها: أن ينعقد عن تنبيه من كتاب الله تعالى، كإجماعهم على أن ابن الابن في الميراث كالابن.

والثاني: أن ينعقد عن استنباط من سنة النبي ﷺ، كإجماعهم على توريث كل من الجدتين السدس.

والثالث: أن ينعقد عن الاستفاضة والانتشار، كالإجماع على أعداد الركعات وترتيبها في الركوع والسجود.

والرابع: أن ينعقد عن العمل به، كالإجماع على نُصب الزكوات.

والخامس: أن ينعقد عن المناظرة والجدال، كإجماعهم على قتال ما نعي الزكاة.

والسادس: أن ينعقد عن توقيف، كإجماعهم أن الجمعة تسقط فرض الظهر.

والسابع: أن ينعقد عن استدلال وقياس، كإجماعهم على أن الجواميس في الزكاة كالبقر. فإن تجرد الإجماع عن دليل يدعو إليه ووجد الاتفاق عليه فهل يصح وينعقد؟ قال جماعة من أهل العلم: يجوز لقوله ﷺ: [١٢٢/ب] «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». وهذا قول من جعل الإلهام دليلاً.

وقال الجمهور: لا يجوز أن ينعقد إلا بدليلٍ؛ لأن إثبات الشرع بغير دليل لا يجوز، ولأن اتفاق الكافة بغير سبب لا يوجد. وإذا انعقد الإجماع عن أحد أدلته، فهل يقطع بصحته؟ وجهان:

أحدهما: أنه يقطع بصحته لقيام الحجة به.

والثاني: أن الإجماع غير معصومٍ عن السهو والغلط اعتباراً بأهله في انتفاء العصمة عن آحادهم، فكذلك عن جماعتهم، ولا يكون قيام الحجة موجباً لعصمته، كما تقوم الحجة بخبر الواحد وإن كان غير معصوم.

وأما ما ينعقد به الإجماع فانعقاده معتبرٌ بأربعة شروطٍ:

أحدها: أن يعتبر فيه قول الخاصة من أهل العلم دون العامة، لقوله تعالى: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةُ وَأُوْلُواْ ٱلْعِلْمِ قَآئِمَۢا بِٱلْقِسْطِۚ﴾ [آل عمران: ١٨]، فخص أهل العلم بهذه المنزلة، ولهذا قال ﷺ: «العلماء ورثة الأنبياء»(١). وروي أن أبا طلحة الأنصاري ـ رضي الله عنه ـ خالف الصحابة وقال: البرد لا يفطر الصائم؛ لأنه ليس بطعامٍ ولا شرابٍ. فردوا قوله ولم يعتدوا بخلافه؛ لأنه كان من عامة الصحابة دون علمائهم.

والثاني: يعتبر فيه قول علماء الأمصار كلهم. وقال مالك رحمه الله: الإجماع معتبر بأهل المدينة وهذا باطل؛ لأن الأحكام مستنبطة من الكتاب والسنة لا من الأمكنة، وقد قال تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٨]، ولم يأمر برده إلى أهل المدينة.

والثالث: أن لا يظهر في أحدهم الخلاف فيه، فإن تظاهر أحدهم [١٢٣/أ] بخلافٍ، فإن كان يدفع خلافه نصٌّ كان خلافه مرتفعاً والإجماع بغيره ينعقد، كما خالف ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ الصحابة في الفاتحة والمعوذتين ولم يجعلهن من القرآن، فلا يعتد بخلافه لوجود النص، وقد انعقد الإجماع على أنهن من القرآن. وكما

(١) أخرجه الترمذي (٣٦٨٢)، وابن ماجه (٢٢٣)، والدارمي (١/ ٩٨)، وابن حبان (٨٠).

ذهب حذيفة بن اليمان إلى أن أول الصوم أسفار الصبح، فلم يعتد بخلافه وأجمعوا على أن أوله من طلوع الفجر.

وإن كان لا يدفع قول مخالفيه نصٌّ فيكون خلافه مانعاً من انعقاد الإجماع، سواء كان من أكابر أهل العصر أو من أصغرهم سناً، كما خالف ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ جميع الصحابة في العول، وقال: «من شاء باهلته عند الحجر الأسود»، فصار خلافه خلافاً والإجماع بخلافه مرتفعاً.

وقال أحمد: خلاف الواحد لا ينقض الإجماع، ويكون محجوجاً بمن عداه، وهذا غلط؛ لأن أبا بكر ـ رضي الله عنه ـ خالف جميع الصحابة في قتال أهل الردة، ثم بان الحق معه، وقد قال تعالى: ﴿يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَن يَشَاءُ﴾ [البقرة: ٢٦٩].

والرابع: أن ينتشر في جميع أهل العصر فيكونوا فيه بين معترفٍ به أو راض له، فإن انتشر فيهم فأمسكوا عنه من غير أن يظهر منهم اعترافٌ أو رضى فهو ضربان:

أحدهما: أن يكون في عصر الصحابة.

والثاني: أن يكونوا في غيره من الأعصار.

فإن كان ذلك في غير عصر الصحابة فلا يكون انتشار قول الواحد منهم مع إمساك غيره إجماعاً ولا حجة؛ لأنهم قد يعرضون عما لا يتعين فرضه عليهم. وإن كان في عصر الصحابة الذي قد خصَّه الله تعالى بفضل أهله، وقال ﷺ: «أصحابي كالنجوم، بأيهم اقتديتم اهتديتم» فإذا قال الواحد منهم قولاً أو حكم به فأمسك الباقي فهو على ضربين: **أحدهما**: أن يكون مما يخاف [١٢٣/ب] فوت استدراكه، كإراقة دم أو استباحة فرج فيكون إجماعاً؛ لأنهم لو اعتقدوا خلافه لأنكروه، إذ لا يصح منهم أنَّ لا يتفقوا على إقرار منكرٍ، وإن كان مما لا يفوت استدراكه كان حجة؛ لأن الحق لا يخرج عن عصرهم، وفي كونه إجماعاً يمنع من الاجتهاد وجهان لأصحابنا:

أحدهما: يكون إجماعاً لا يسوغ معه الاجتهاد؛ لأن عدم الخلاف مع الانتشار يمنع من إثبات الخلاف.

والثاني: لا يكون إجماعاً والاجتهاد معه جائز؛ لأن من نسب إلى ساكتٍ قولاً أو اعتقاداً فقد افترى عليه.

وإن لم ينتشر في كلهم ولا يرد فيه خلافٌ من أحدهم لا يكون إجماعاً، وهل يكون حجةً يعتبر بما يوافقه من قياس أو يخالفه؟ فله أربعة أحوالٍ:

أحدها: أن يكون القياس موافقاً لقوله فيكون قوله حجة بالقياس.

والثانية: أن يكون قوله مخالفاً للقياس الجلي، فالعمل بالقياس الجلي أولى.

والثالثة: أن يكون مع قول الصحابي قياس جلي، ويخالفه قياسٌ خفيٌّ فقوله مع القياس الجلي أولى.

والرابعة: أن يكون مع قوله قياسٌ خفي ويخالفه قياس جلي.

قال في «القديم»: قوله مع القياس الخفي أولى وألزم من القياس الجلي؛ لأن

الصحابة أهدى إلى الحق، ثم رجع وقال في «الجديد»: القياس الجلي أولى بالعمل من قوله مع القياس الخفي؛ لأنهم كانوا يحاجون بالقياس حتى قال ابن عباس رضي الله عنه: ألا يتقي الله زيد بن ثابت، يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً. فإذا لزمهم العمل بالقياس كان لغيرهم ألزم.

وأما ما يستقر به الإجماع فيعتبر بأربعة شروطٍ.

أحدها: العمل باتفاقهم عليه، سواء اقترن بقولهم عمل أو لا. وقال بعض الناس: لا بد أن يقترن به عمل؛ لأن العمل تحقيق [١٢٤/أ] للقول، وهذا لا وجه له؛ لأن حجج الأقوال أكثر من حجج الأفعال، وإن انفرد كل واحدٍ منهما كان حجة فلا يلزم اجتماعهما إذا لم يختلفا.

فإن تجرد الإجماع في القول عن عمل يوافقه أو يخالفه كان القول إجماعاً، وإن تجرد الإجماع في العمل عن قول يوافقه أو يخالفه كان إجماعاً. ولو أجمعوا على القول واختلفوا في العمل بطل الإجماع إن لم يكن لاختلافهم في العمل تأويل. وإن أجمعوا على العمل واختلفوا في القول بطل الإجماع، ولم يكن لاختلافهم في القول تأويل لما يلزم من اتفاقهم في القول والعمل، فإن جهل الاتفاق والعمل لم يثبت بذلك إجماع ولا خلاف لترددهما بين اتفاقٍ يكون إجماعاً، وافتراقٍ يكون خلافاً.

والثاني: أن يستديموا ما كانوا عليه من الإجماع ولا يحدث من أحدهم خلاف، فإن خالفهم واحد بعد إجماعهم بطل الإجماع وساغ الخلاف؛ لأنه لما جاز أن يحدث إجماع بعد الخلاف جاز أن يحدث خلافهم بعد الإجماع. وروي أن علياً ـ رضي الله عنه ـ خالف في بيع أمهات الأولاد بعد إجماعه مع أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على أن بيعهن لا يجوز، فبطل بخلافه الإجماع في تحريم بيعهن. وقد قيل: إن رضي الله عنه رجع بعد هذا حين قال له عبيدة السلماني: يا أمير المؤمنين، إن رأيك مع الجماعة أحب إليَّ من رأيك وحدك. فإن كان هذا الرجوع صحيحاً كان تحريم بيعهن إجماعاً.

والثالث: أن ينقرض عصرهم حتى يؤمن حدوث الخلاف بينهم، فإن بقاء العصر ربما أحدث من بعضهم خلافاً كما خالف ابن عباس رضي الله عنهما في العول بعد موت عمر رضي الله عنه، فقيل له: ألا قلته في أيامه؟ فقال: هبته وكان امرءاً مهيباً. ولا يعتبر في انقراض [١٢٤/ب] العصر موت جميع أهله لأن هذا أمر يضيق ولا ينحصر، وقد تتداخل الأعصار ويندرج الناس من حالٍ بعد حالٍ، ويختلفون في الأعمار والآجال، وإنما المعتبر في انقراضه أمران:

أحدهما: أن يستولي على العصر الثاني غير أهل العصر الأول.

والثاني: أن ينقرض فيهم من بقي من أهل العصر الأول؛ وهذا لأن أنس بن مالك وعبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهما عاشا إلى عصر التابعين وطاولوهم فجمعوا بين عصرين، فلم يدل ذلك على بقاء عصر الصحابة فيهم.

ثم إذا كان انقراض العصر شرطاً في استقرار الإجماع فهو معتبر في الأحكام التي لا

يتعلق بها إتلاف وإهلاك واستهلاك، ولا يستقر إجماعهم فيها إلا بانقراضهم عليها.

فأما الأحكام التي يتعلق بها إتلاف واستهلاك لا يمكن استدراكه، فقد اختلف أصحابنا في انقراض العصر، هل يكون شرطاً والإجماع مستقر بالاتفاق عليه، وليس لأحدهم أن يستحدث فيه خلافاً؛ لأنهم في عظائم الأمور، لا يجوز أن يتفقوا على الإجماع عليها إلا بعد وضوح الحق منها، كما أجمعوا مع أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ على قتال مانعي الزكاة وفيه إراقة الدماء، فلم يكن لأحدهم بعد الإجماع وما سفك فيه من الدماء أن يخالف فيه؛ لأنه يجعل ما تقدم من إجماعهم منكراً، ولا يجوز أن تجتمع الأمة على منكرٍ.

والرابع: أنْ لا يلحق بالعصر الأول من ينازعهم من أهل العصر الثاني، فإن لحق بعض الصحابة بعض التابعين فخالفهم في إجماعهم ففيه وجهان:

أحدهما: لا يرتفع الإجماع؛ لأنهم بمشاهدة النبي ﷺ أحفظ لشريعته وقد أنكرت عائشة ـ رضي الله عنها ـ على أبي سلمة بن عبد الرحمن منازعته الصحابة، وقالت: أراك كالفروج إذا اجتمع مع الديكة صايحها. [١٢٥/أ]

والثاني: أن خلافه يمنع الإجماع؛ لأن صغر السن لا يمنع تفرد القول، كما خالف ابن عباس في صغر سنه أكابر الصحابة، وقد قال علي رضي الله عنه: اعرف الحق تعرف أهله.

فإذا استقر الإجماع بهذه الشروط الأربعة وجب أن يكون إجماع أهل العصر حجة على من بعد من أهل الأعصار المتأخرة ويكون حجة على الصحابة، وإجماع التابعين حجة على تابعي التابعين ولا يكون حجة على التابعين، هكذا حكم الإجماع في كل عصرٍ ثان.

وقال داود: الإجماع اللازم مختص بعصر الصحابة لاختصاصه بنزول الوحي فيهم، وهذا غلط؛ لأن وضوح الحق مستمر في كل عصرٍ؛ لأنه لا يخلو عصر من قائم لله بحجته.

الفصل الرابع: في معارضة الإجماع والاختلاف: فينقسم أربعة أقسام:

أحدها: أن يحدث الخلاف بعد تقدم الإجماع في عصرٍ واحدٍ، مثل أن يتقدم إجماع الصحابة ثم يحدث من أحدهم خلافٌ، فهذا الخلاف مانع من انعقاد الإجماع.

والثاني: أن يحدث الإجماع بعد تقدم الخلاف في عصرٍ واحدٍ فيرتفع به الخلاف المتقدم كاختلاف الصحابة في قتال مانعي الزكاة، ثم وافقوا أبا بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ فيرتفع به الخلاف بالإجماع، وفي هذا الإجماع وجهان:

أحدهما: أنه أوكد من إجماع لم يتقدمه خلاف؛ لأنه يدل على ظهور الحق بعد التباسه.

والثاني: أنهما سواء؛ لأن الحق يقترن بكل واحدٍ منهما.

والثالث: أن يحدث الخلاف بعد تقدم الإجماع في عصرين مختلفين، كإجماع

الصحابة وخلاف التابعين لهم، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يخالفوهم مع اتفاق الأحوال في المجمع عليها، فهذا الخلاف الحادث مطرح والإجماع المتقدم منعقد؛ لأن حجة الإجماع قاهرة.

والثاني: أن يحدث في المجمع عليه [١٢٥/ب] صفة زائدة أو ناقصة فيحدث الخلاف فيها بحدوث ما اختلف من صفاتها، فيكون الإجماع في الصفات منعقداً، وحدوث الاختلاف في الصفات المختلفة سائغاً عند الشافعي رضي الله عنه وجمهور العلماء.

وقال داود وبعض أهل الظاهر: يستصحب حكم الإجماع واختلاف الصفات الحادثة لا يبيح اختلاف الحكم فيها إلا بدليلٍ قاطعٍ، وجعلوا استصحاب الحال حجة في الأحكام، ومثال هذا أن ينعقد الإجماع على إبطال التيمم برؤية الماء قبل الصلاة، فإذا رأوه في الصلاة أبطلوا تيممه استصحاباً لبطلانه قبل الصلاة من غير أن يجمعوا بينهما بقياسٍ، كما لو استيقن الطهر وشك في الحدث وجب أن يستصحب حكم اليقين ويلغي حكم الشك، وهذا فاسدٌ.

ولكل حالٍ تجددت حكم توقف على الدليل، يجوز أن يكون مساوياً، ويجوز أن يكون مخالفاً، ويكون الإجماع حجة في الحال التي ورد فيها، ولا يكون حجة في غيرها إلا أن يكون القياس موجباً لاستصحاب حكمه، فإن الإجماع أصل يجوز القياس عليه، فيكون القياس هو الذي أوجب استصحاب حكم الإجماع لا الإجماع، وإنما كان كذلك لأنه لما ساغ الاجتهاد فيما عدا حالة الإجماع، ولم يسغ الاجتهاد في حالة الإجماع دل على افتراقهما فيه، ولم يلزم أن يساويه في حكمه، وأما حمل الطهارة على اليقين فلأن الشرع لم ينصب عليها دليلاً وقد نصب على الأحكام دليلاً.

وذهب بعض أصحابنا إلى أن استصحاب الحال إن لم يعارضه دليل يجوز أن يجعل دليلاً، وقوله مدفوع بما ذكرناه. ويتفرع على هذا إذا اختلف أهل الاجتهاد في حكم فأثبته بعضهم ونفاه بعضهم. وقال داود وأهل الظاهر: لا دليل على النافي، ويجب الدليل على المثبت استصحاباً لحكم الأصل في النفي كما تجب البينة على المدعي دون المنكر. وعند الشافعي [١٢٦/أ] والجمهور يجب الدليل على النافي كوجوبه على المثبت، وأنه لا يجوز له نفي الحكم إلا بدليلٍ، كما لا يجوز له إثباته إلا بدليلٍ؛ لأن الله تعالى نصب على الأحكام أدلة النفي والإثبات، والنافي للحكم مثبت لضده فلم يجز نفيه إلا بدليلٍ. فأما وجوب البينة على المدعي دون المنكر، فلأن يمين المنكر كبينة المدعي، فصارا مجتمعين في البينة وإن اختلفا في صفتها.

والرابع: أن يحدث الإجماع بعد الخلاف في عصرين مختلفين، كاختلاف الصحابة في حكم على قولين فيجمع التابعون على أحدهما، فظاهر مذهب الشافعي - رضي الله عنه - والجمهور أن حكم الاختلاف ثابت، وأن ما يعقبه من الإجماع غير منعقدٍ؛ لأن انقراض الصحابة على قولين في حكم إجماع منهم على تسويغ الاجتهاد في ذلك

الحكم، وفي انعقاد الإجماع بعد إبطال ما أجمعوا من تسويغ الاجتهاد، فصار في إثبات إجماع التابعين إبطال لإجماع الصحابة فلم يجز.

وقال الحارث بن أسد المحاسبي وتابعه بعض أصحابه يزول حكم الاختلاف بما يعقبه من الإجماع كما يزول اختلاف الصحابة إذا تعقبه إجماعهم، وهذا فاسد؛ لأن إجماع الصحابة لا ينعقد إلا بانقراضهم، فوقع الفرق بين انقراضهم على وفاقٍ أو خلافٍ.

وعلى هذا لو اختلفت الصحابة على قولين في حكم صار ذلك إجماعاً منهم على إبطال ما عدا القولين، ولم يجز لمن بعدهم من التابعين إحداث قولٍ ثالثٍ. مثاله: أن الصحابة انقرضوا على قولين في ابني عم أحدها أخ من أم، أحدهما التسوية بينهما في الميراث، والثاني الأخ للأم منهما أولى بكل الميراث، فخالفهم من التابعين سعيد بن جبير فجعل ابن العم الذي ليس بأخ لأم أحق بالميراث، فخالفهم في القولين بإحداث قولٍ ثالثٍ.

وذهب بعض من ينتسب إلى العلم إلى تسويغ هذا؛ لأن الاختلاف [١٢٦/ب] موجب لتسويغ الاجتهاد، وهذا غلط؛ لأن في انقراض الصحابة على قولين إجماعاً منهم على إبطال ما خرج عن القولين، وأن الحق في أحدهما، فلم يجز للتابعي أن يبطل ما انعقد إجماعهم عليه، [فهذا حكم الإجماع وما يتعلق به ويتفرع عليه وهو من دلائل السمع][(١)] ويجوز نقل الإجماع بأخبار الآحاد؛ لأنه ليس أوكد من سنن الرسول ﷺ.

فإن نقل الراوي أنهم أجمعوا على كذا فقطع بإجماعهم عليه قبلت منه، وأثبت الإجماع بقوله سواء كان الراوي من أهل الاجتهاد أو لم يكن. وإن قال الراوي لم أعرف بينهم اختلافاً فيه، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد ولا ممن أحاط علماً بالإجماع والاختلاف لم يثبت الإجماع بروايته.

واختلف أصحابنا في ثبوته بها إن كان من أهل الاجتهاد والتقدم في العلم بالإجماع والاختلاف، فأثبت بعضهم الإجماع وجعل نفي الاختلاف إثباتاً للإجماع. وقال بعضهم: لا يثبت الإجماع بهذا النفي ولكل من القولين وجه.

وأما الأصل الرابع من أصول الشرع وهو القياس فله مقدمتان؛ **إحداهما**: الاجتهاد، **والثانية**: الاستنباط.

فأما الاجتهاد فهو مأخوذ من جهد النفس وكدها في طلب المراد به، كما أخذ جهاد العدو من جهد النفس في قهر العدو. والاجتهاد هو طلب الصواب بالأمارات، الدالة عليه.

وقال ابن أبي هريرة: إن الاجتهاد هو القياس، ونسبه إلى الشافعي رضي الله عنه من

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الحاوي (١٦/ ١١٧).

كلام اشتبه عليه في كتاب «الرسالة». والذي قال الشافعي رضي الله عنه في هذا الكتاب: أن معنى الاجتهاد معنى القياس، يريد به أن كل واحد منهما يتوصل به إلى حكم غير منصوص عليه.

والفرق بين الاجتهاد والقياس: أن الاجتهاد هو ما وصفناه من أنه طلب الصواب بالأمارات الدالة عليه. [١٢٧/أ] والقياس: هو الجمع بين الفرع والأصل لاشتراكهما في علة الأصل، فافترقا، غير أن القياس يفتقر إلى الاجتهاد، وقد لا يفتقر الاجتهاد إلى القياس على ما سنوضحه، فلذلك جعلنا الاجتهاد مقدمة للقياس. والدليل على أن الاجتهاد له أصل يعتمد عليه في الأحكام، خبر معاذٍ رضي الله عنه حيث قال: أجتهد رأيي، فدل على أن الاجتهاد عند عدم النص أصل في أحكام الشرع.

ثم الكلام في الاجتهاد يشتمل على أربعة فصولٍ؛ **أحدها**: فيمن يجوز له الاجتهاد.

والثاني: في وجوه الاجتهاد.

والثالث: فيما يجب بالاجتهاد.

والرابع: في حكم الاجتهاد. فأما الأول فضربان؛ مجتهد في عموم الأحكام، ومجتهد في خصوص الأحكام. فأما المجتهد في جميع الأحكام فالمعتبر في جواز اجتهاده أربعة شروطٍ:

أحدها: إشرافه على نصوص الكتاب والسنة، فإن قصر في أحدهما لم يجز أن يجتهد.

والثاني: علمه بوجوه النصوص في العموم والخصوص، والمفسر والمجمل، والمقيد والمطلق على ما بيناه من قبل، فإن قصر فيها لم يجز أن يجتهد.

والثالث: الفطنة والذكاء ليصل به إلى معرفة المسكوت عنه من أمارات المنطوق به.

فإن قلت: فيه الفطنة والذكاء لم يصح منه الاجتهاد.

والرابع: أن يكون عارفاً بلسان العرب وموضوع خطابهم ومعاني كلامهم؛ لأن الكتاب والسنة وهما أصل الشريعة وردا بلسان العرب.

وإذا كان كذلك كان معرفة لسان العرب فرضاً على كل مسلم من مجتهد وغير مجتهد، إلا أن غير المجتهد يلزمه من فرضه ما اختص بتكليفه من الشهادتين وما تضمن [١٢٧/ب] الصلاة من القراءة والأذكار، ولا يلزمه معرفة ما عدا ذلك إلا بحسب ما يندرج إليه في نوازله وأحكامه، وقد قال الشافعي: «على كل مسلم أن يتعلم من لسان العرب ما بلغه جهده في أداء فرضه كما عليه أن يتعلم الصلاة والأذكار». وقال أبو حنيفة: لا يلزمه معرفة لسان العرب؛ لأنه يجوز له القراءة والأذكار بغير العربية.

وأما المجتهد فيلزمه مع حقوق الاجتهاد أن يكون عارفاً بلسان العرب، والذي يلزم في حقه أن يكون محيطاً بأكثره ليرجع فيما عزب عنه، إلى غيره، كما أن جميع السنة لا يحيط بها واحد من العلماء، وإنما يحيط بها جميع العلماء، فإذا كان المجتهد محيطاً بأكثرها صح اجتهاده، وليرجع فيما عزب عنه إلى من علم به، ثم هذا المجتهد

إن قصد بالاجتهاد العلم صح اجتهاده وإن لم يكن عدلاً، وإن قصد به الحكم والفتيا كانت العدالة شرطاً في نفوذ حكمه وقبول فتياه وإن لم يكن شرطاً في صحة اجتهاده.

وأما المجتهد في حكم خاص فحكمه في صحة اجتهاده معتبر بما يجتهد فيه، فإن كان اجتهاده في القبلة كان الشرط في صحة اجتهاده صحة البصر ومعرفة دلائل القبلة، وإن كان اجتهاده في العدالة والجرح كان صحة اجتهاده معتبر بأسباب الجرح والتعديل، وما يراعى من غلبة أحدهما على الآخر في الصغائر وتغليب الحكم في الكبائر وإن كان اجتهاده في المثل من جزاء الصيد كان صحة اجتهاده معتبراً بمعرفة الأشياء في غير ذي المثل، وعلى هذا. [١٢٨/أ] فإذا تقرر ما ذكرنا من شروط الاجتهاد المعتبر في المجتهد، تعلق به فصلان؛ **أحدهما**: جواز اجتهاد الأنبياء. **والثاني**: جواز الاجتهاد في زمان الأنبياء. فأما الأول فقد اختلفوا فيه؛ فقيل: لا يجوز للأنبياء ـ صلوات الله وسلامه عليهم ـ أن يجتهدوا، ولا لنبينا ﷺ أن يجتهد لقدرتهم على النص بنزول الوحي، ولهذا توقف في إحرامه حتى نزل الوحي، والوحي ينقسم إلى ما هو قرآن يتلى، وإلى ما لا يتلى، ولهذا قال تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰٓ ۝٣ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ۝٤﴾ [النجم: ٣، ٤].

وظاهر مذهب الشافعي وبه قال الجمهور: يجوز للكل ذلك؛ لأنه لو كان لا يجوز لما أخطأ داود وأصاب سليمان عليهما السلام، وقد قال تعالى: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٩]، ولأن النبي ﷺ اجتهد في أسارى بدرٍ على ما ذكرنا، وقال لعمر رضي الله عنه: «أرأيت لو تمضمضت» حين سأله عن قبلة الصائم هل يفطر أم لا. وروي أنه ﷺ قال: «من اغتسل من الجنابة خلق الله تعالى من كل قطرة تقطر منه ملكاً يستغفر له إلى يوم القيامة» فقال رجل: يا رسول الله، أنقضي أوطارنا ونؤجر عليها؟ فقال ﷺ: «ثكلتك أمك، حسبتك من فقهاء المدينة، أرأيت لو وضعتها في حرام، أفتحتسبون بالحرام ولا تحتسبون بالحلال»(١) أي تتوقعون المثوبة بالحلال وهذا قياس. وأما توقفه في اللعان وغيره فليعلم هل ينزل عليه نص فلا يجتهد. فإذا ثبت هذا فقد اختلف أصحابنا في وجوبه وجوازه [١٢٨/ب] على وجهين:

أحدهما: يجوز ولا يجب؛ لأن للأحكام أصلاً هو الكتاب.

والثاني: أنه واجب عليه؛ لأن أحكام الكتاب مأخوذة من سنته إذا خلا منها.

وقال صاحب «الحاوي»(٢) «الأصح عندي أنه يجب عليه الاجتهاد في حقوق الآدميين، ويجوز له الاجتهاد في حقوق الله تعالى؛ لأنهم لا يصلون إلى حقوقهم إلا باجتهاده، فلزمه وإن أراد الله تعالى منه الاجتهاد في حقوقه أمره».

ثم إذا اجتهد هل يستنتج الاجتهاد برأيه أو يرجع فيه إلى دلائل الكتاب؟ وجهان:

أحدهما: أنه يرجع في اجتهاده إلى الكتاب؛ لأنه أعلم بمعاني ما خفي منه من

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٢١).

جميع أمته، فكان اجتهاده بياناً وإيضاحاً.

والثاني: وهو الأظهر أنه يجوز أن يجتهد برأيه ولا يرجع إلى أصل من الكتاب؛ لأن سنته أصل في الشرع مثل الكتاب، وقد ندب الله تعالى إليها بقوله: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾ [الحشر: ٧] الآية، وقال ﷺ: «إنما أجتهد رأيي فيما لم ينزل عليَّ فيه شيء».

واختلف أصحابنا في عصمة الأنبياء ـ عليهم الصلاة والسلام ـ من الخطأ في اجتهادهم على وجهين:

أحدهما: أنهم معصومون في اجتهادهم من الخطأ لتسكن النفوس إلى التزام أوامرهم بانتفاء الخطأ عن اجتهادهم. وهذا مقتضى الوجه الذي يقال فيه إنهم لا يجتهدون إلا عن دليل من نص.

والثاني: أنهم غير معصومين من الخطأ لوجوده منهم، لكن لا يقرهم الله تعالى عليه ليزول الارتياب به، وإن جاز أن يكون غيرهم من العلماء مقراً عليه؛ لأن داود ـ عليه السلام ـ قد أخطأ في اجتهاده، فاستدركه الله تعالى بإصابة سليمان ـ عليه السلام ـ واجتهد [١٢٩/أ] النبي ﷺ في أسارى بدرٍ بعد مشاورة أبي بكر وعمر ـ رضي الله عنهما ـ وأخذ منهم الفداء، فأنكره الله تعالى، وهذا يقتضي الوجه الذي يقال فيه إنهم يجوز أن يجتهدوا بالرأي من غير استدلالٍ بنص.

وقال ابن أبي هريرة: نبينا ﷺ معصوم الاجتهاد من الخطأ دون غيره من الأنبياء صلوات الله عليهم؛ لأنه لا نبي بعده يستدرك خطأه لإنختام النبوة به، وغيره من الأنبياء قد بعث بعده من يستدرك خطأه. وهذا لا وجه له؛ لأن جميع الأنبياء ـ عليهم السلام ـ غير مقرين على الخطأ في وقت التنفيذ، ولا يمهلون فيه على التراخي حتى يستدركه نبي بعد نبي، فاستوى فيه جميع الأنبياء.

فأما أمور الدنيا فيجوز فيه على الأنبياء الخطأ والسهو؛ لأنه روي أن النبي ﷺ سمع ضجة بالمدينة، فقال: «ما هذا؟» فقيل: إنهم يلقحون النخل، فقال: «لا ينفع ذلك، إنهم إن تركوه لم يضرهم» فبلغهم ذلك فتركوه، ففسد حمل النخل، فقال ﷺ: «ما كان من أمر دينكم فردوه إليَّ، وما كان من أمر دنياكم فأنتم أعلم به»(١).

وأما جواز اجتهاد غير الأنبياء في زمان الأنبياء، كاجتهاد الصحابة في زمان الرسول ﷺ فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون المجتهد غائباً عن مدينة الرسول ﷺ لا يقدر على سؤاله في وقته فله حالتان: إحداهما: أن يكون له ولاية منه، كعلي بن أبي طالب، ومعاذ بن جبل ـ رضي الله عنهما ـ حين بعثهما إلى اليمن، فيجوز اجتهادهما؛ لأن معاذاً قال: أجتهد رأيي، فاستصوبه وحمده، وسواء اجتهد في حق نفسه أو في حق غيره، ولا يلزمه إذا

---

(١) تقدم تخريجه.

قدم على الرسول ﷺ أن يسأله [١٢٩/ب] فيما اجتهد فيه وإن كان سؤاله مستحباً، ويكون ما اجتهد فيه أثراً متبوعاً ما لم يرد عن الرسول ﷺ خلافه، كما اتبع معاذ في قوله: «أيما رجل انتقل من مخلاف عشيرته إلى غير مخلاف عشيرته فصدقته في مخلاف عشيرته»(١) والمخلاف القرية. وإنما اختص المولى بذلك؛ لأن في الولاية إذناً بالاجتهاد فيما تضمنها.

والثانية: أن لا يكون للمجتهد ولاية فله حالتان:

إحديهما: أن يظفر بأصلٍ من كتابٍ أو سنةٍ فيجوز اجتهاده في الرجوع إلى الاستدلال بالظاهر منها، ولا يلزمه إذا قدم على الرسول ﷺ أن يسأله عما اجتهد فيه؛ لأنه قد اجتهد بأصلٍ لازم.

والثانية: أن يقدم أصلاً من كتابٍ أو سنةٍ فلا يجوز أن يجتهد في حق غيره لعدم ولايته.

أما اجتهاده في حق نفسه، فإن كان فيما يخاف فواته جاز اجتهاده فيه، وعليه إذا قدم على الرسول ﷺ أن يسأله عنه، وليس له أن يهاجر إليه من أجل السؤال، وإن كان مما يخاف فواته ففي جواز اجتهاده وجهان: **أحدهما**: لا يجوز؛ لأنه لا يصح منه أن يشرع، وعليه أن يسأل ليعمل بما كلف.

والثاني: يجوز أن يجتهد إذا كان من أهل الاجتهاد، ويعمل باجتهاده لقوله ﷺ: «بعثت بالحنيفية السمحة السهلة البيضاء».

فعلى هذا في جواز تقليده في اجتهاده وجهان:

أحدهما: لا يجوز لغيره ممن ليس من أهل الاجتهاد أن يقلده فيه لوجود ما هو أقوى منه، فعلى هذا لا يلزم المجتهد إذا قدم على الرسول ﷺ أن يسأله عما اجتهد فيه [ولا يجوز أن يعمل به في المستقبل حتى يسأل إن حضر. **والثاني**: يجوز لغيره أن يقلده كما يجوز أن يقلد العالم وإن وجد من هو أعلم منه، فعلى هذا يلزم المجتهد إذا قدم على الرسول أن يسأله عما اجتهد فيه لئلا يصير مشرعاً بغير أصل](٢).

والقسم الثاني: أن يكون المجتهد حاضراً في مدينة الرسول ﷺ وغائباً عن مجلسه، [١٣٠/أ] فإن رجع في اجتهاده إلى أصلٍ من كتابٍ أو سنةٍ صح وجاز أن يعمل به ويفتي؛ لأن العجلاني سأل بعض الصحابة بالمدينة عن قذف امرأته بمن سماه، فقال له: حد في جنبك إن لم تأت بأربعة شهداء، ثم سأل رسول الله ﷺ فأخبره بما قيل له، فتوقف حتى نزلت عليه آية اللعان، ولم ينكر على العجلاني سؤال غيره، ولا أنكر على من أجابه مع حضوره.

وإن لم يرجع المجتهد إلى أصلٍ من كتابٍ ولا سنةٍ، فقد جوز بعض أصحابنا

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٣١٤١)، وفي «معرفة السنن» (٤٠٢٥).

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، واستدركناه من الحاوي (١٦/ ١٢٤).

اجتهاده وقال بعضهم: لا يجوز اجتهاده.

وقال صاحب «الحاوي»[(١)]: «الذي عندي أنه يصح اجتهاده في المعاملات دون العبادات؛ لأن العبادات تكليف يتوقف على الأوامر بها، والمعاملات تخفيف تعتبر النواهي عنها».

والثالث: أن يكون المجتهد حاضراً في مجلس الرسول ﷺ فاجتهاده معتبر بأمر الرسول ﷺ، فإن أمر الرسول ﷺ بالاجتهاد صح اجتهاده، كما حكَّم النبي ﷺ سعد بن معاذ ـ رضي الله عنه ـ في بني قريظة، فحكم بقتل من جرت عليه المواشي واسترقاق من لم تجر عليه، فقال ﷺ: «هذا حكم الله من فوق سبعة أرقعة». وإن لم يأمره بالاجتهاد لم يصح اجتهاده إلا أن يعلم به فيقره عليه، فيصير بإقراره عليه صحيحاً كما قال أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ بحضرة الرسول ﷺ في سلب القاتل وقد أخذه غير قاتله: «لاها الله إذا تعمد إلى أسدٍ من أسد الله تعالى يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه»، فأقره على هذا القول فصح اجتهاده حين أقره عليه. وأما الفصل الثاني في وجود الاجتهاد: فهو ما لم يرد في الكتاب والسنة بيان حكمه، فقد قيل: إن الذي تضمنه كتاب الله تعالى من الأحكام [١٣٠/ب] يشتمل على نحو خمسمائة آية، والذي تضمنه السنة منها نحو خمسمائة حديثٍ، ونوازل الأحكام أكثر من أن تحصى ولا تقف على هذا العدد، ولا يجوز أن تكون الأمة مضاعةً لا ترجع إلى أصلٍ من كتابٍ ولا سنةٍ توصلهم إلى العلم بأحكام النوازل، وقد قال الله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣]، وروى المطلب بن حنطب أن النبي ﷺ قال: «ما تركت شيئاً مما أمركم الله به إلا وقد أمرتكم به، ولا تركت شيئاً مما نهاكم عنه إلا وقد نهيتكم عنه»[(٢)].

فدلت الآية في إكمال الدين، ودل الخبر في استيفاء الأوامر والنواهي على أن الأحكام المسكوت عنها أصلاً في الكتاب والسنة يتوصل بها إلى معرفة ما أغفل بيانه فيها، وهو الاجتهاد فيما تضمنها من الأمارات الدالة، واستخراج ما تضمنها من المعاني المستنبطة، ليكون الدين قد كمل والأحكام قد وضحت، فإن النصوص على الحوادث معدول عن استيعابه لأمرين: **أحدهما**: أنه شاق في الإحاطة بجميعه. **والثاني**: ليتفاضل العلماء في استنباطه.

فصح لهذين المعنيين أن يكون الاجتهاد في الشرع أصلاً يستخرج به حكم ما لم يرد فيه نص ولا انعقد عليه إجماع.

واعلم أنه مضى الاجتهاد في أعصار الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، ولا بد من إيضاح اجتهاد العلماء فيما بعدهم، وهو ينقسم ثمانية أقسام:

أحدها: ما كان حكم الاجتهاد مستخرجاً من معنى النص كاستخراج علة الربا من البر، فهذا صحيح غير مدفوع عند جميع القائلين بالقياس.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٢٤).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٣٤٤٣).

والثاني: ما كان مستخرجاً من شبه النص، كالعبد في ثبوت تملكه لتردد شبهه بالحر في أنه يملك؛ لأنه مكلف. وشبهه بالبهيمة في أنه لا يملك لأنه مملوك، وهذا صحيح [١٣١/أ] وليس بمدفوع عنه عند من قال بالقياس ومن لم يقل، غير أن من لم يقل بالقياس جعله داخلاً في عموم أحد الشبهين، ومن قال بالقياس جعله ملحقاً بأحد الشبهين.

والثالث: ما كان مستخرجاً من عموم النص، كالذي بيده عقدة النكاح في قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، يعم الأب والزوج والمراد به أحدهما، وهذا صحيح يوصل إليه بالترجيح.

والرابع: ما كان مستخرجاً من إجمال النص، كقوله تعالى في متعة الطلاق: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فصح الاجتهاد في قدر المتعة باعتبار حال الزوجين.

والخامس: ما كان مستخرجاً من أحوال النص، كقوله تعالى في المتمتع: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، فاحتمل صيام الثلاثة قبل عرفة وبعدها، واحتمل صيام السبعة إذا رجع في طريقه وإذا رجع في بلده، فصح الاجتهاد في تغليب إحدى الحالتين على الأخرى.

والسادس: ما كان مستخرجاً من دلائل النص، كقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧] الآية، فاستدللنا على تقدير نفقة الموسر بمدين بأنه أكثر ما جاءت به السنة في فدية الأذى، أن لكل مسكين مدين. واستدللنا على تقدير نفقة المعسر بأقل ما جاءت به السنة في كفارة الواطء أن لكل مسكين مداً.

والسابع: ما كان مستخرجاً من أمارات النص كاستخراج دلائل القبلة، فيمن خفيت عليه من قوله تعالى: ﴿وَعَلَٰمَٰتٍ وَبِٱلنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴿١٦﴾﴾ [النحل: ١٦]، فصح الاجتهاد في القبلة بالأمارات الدالة عليها من مطالع النجوم.

والثامن: ما كان مستخرجاً من غير نصٍ ولا أصلٍ، فقد اختلف أصحابنا في صحة الاجتهاد عليه بغلبة الظن على وجهين:

أحدهما: لا يصح حتى يقترن بأصلٍ؛ لأنه لا يجوز أن يرجع في الشرع [١٣١/ب] إلى غير أصلٍ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه، ولذلك أنكر القول بالاستحسان، لأنه تغليب ظن بغير أصلٍ.

والثاني: يصح الاجتهاد به؛ لأن الاجتهاد في الشرع أصل فجاز أن يستغني عن أصلٍ.

وقد اجتهد العلماء في التعزير على ما دون الحدود بآرائهم في أصله من ضربٍ وحبسٍ، وفي تقديره بعشر جلدات في حالٍ، وبعشرين في حالٍ، وبثلاثين في حالٍ، وليس لهم في هذه المقادير أصل مشروع.

والفرق بين الاجتهاد بغلبة الظن وبين الاستحسان؛ أن الاستحسان يترك له القياس،

والاجتهاد بغلبة الظن مستعمل مع عدم القياس.

وأما الفصل الثالث فيما يجب بالاجتهاد: فالذي يجب على المجتهد أن يقصد باجتهاده طلب الحق عند الله تعالى، وإصابة العين التي يجتهد فيها، وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعي، ويشبه أن يكون من مذهب المزني أن عليه أن يقصد باجتهاده طلب الحق عند نفسه؛ لأن ما عند الله لا يعلم إلا بالنصوص، وعلى كلا المذهبين عليه أن يتوصل باجتهاده إلى طلب الحق وإصابة العين، فيجتمع فيه بين هذين الشرطين.

وقال بعض أهل العراق من الفقهاء والمتكلمين: إن الذي على المجتهد هو الاجتهاد ليعمل بما يؤدي إليه اجتهاده، فيجعلون عليه الاجتهاد ولا يجعلون عليه طلب الحق بالاجتهاد، ويقال: إنه مذهب أبي يوسف.

وأما أبو حنيفة رحمه الله فقيل: مذهبه فيه مختلف، فيجعل عليه في بعض الأحكام طلب الحق بالاجتهاد كقولنا، ويجعل عليه في بعض الأحكام الاجتهاد ليعمل بما يؤدي إليه اجتهاده كقول أبي يوسف. وقد اختلطت مذاهب الناس في هذا حتى التبست واشتبهت.

واستدل من أوجب عليه الاجتهاد دون طلب الحق بالاجتهاد [١٣٢/أ] وهو مذهب من جعل عليه الاجتهاد بغير أصل، بأن ما أخفاه الله تعالى لا طريق لنا إلى إظهاره، وفي التزامه تكليف ما خرج عن القدرة كاختراع الأجسام وقلب الأعيان، وهذا غلط؛ لأن الاجتهاد واستدلال الحكم هو الحق المطلوب به، فلم يجز أن يختص الوجوب بالاستدلال دون الحكم المطلوب؛ لأن الاستدلال مقصود بمدلولٍ عليه، وقد نصب الله تعالى على ما أخفاه أمارات توصل إليه فلم يخرج عن الاستطاعة.

وأما الفصل الرابع في حكم الاجتهاد: فلا يخلو حال الحكم المجتهد فيه من أن يتفق عليه أقاويل المجتهدين أو تختلف. فإن اتفق صار إجماعاً تعين فيه الحق وسقط فيه الاجتهاد من بعده، كسقوط الاجتهاد مع نصوص الكتاب والسنة؛ لأن الإجماع حجة ناطقة بعد الكتاب والسنة. وإن اختلفت أقاويل المجتهدين فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الاختلاف في أصول التوحيد وصفات الذات، فالحق فيها في واحدٍ، وهو الذي كلف العباد طلبه وما عداه باطل، فمن أصابه فقد أصاب عند الله وأصاب الحق، ومن أخطأه فقد أخطأ عند الله وأخطأ في الحق. وقال عبيد الله العنبري: كل مجتهدٍ مصيب في الأصول، وهذا خطأ فأحسن؛ لأن أصول التوحيد وصفات الذات لا تختلف فلا يجوز الاختلاف فيها، وأحكام الشرع قد تختلف بحسب المصالح في الأعيان والأزمان، فجاز أن يكون الاختلاف مسوغاً فيها.

والضرب الثاني: الاختلاف في الأحكام الشرعية كاختلاف الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ في أحكام الصلاة، والزكاة، والصيام، ومقاسمة الإخوة للجد، فذهب الأكثرون إلى أن الحق في جميعها، وأن كل مجتهد مصيب فيها عند الله تعالى، ومصيب في الحكم؛ [١٣٢/ب] لأن جواز اختلاف الجميع دليل على صحة الجميع، وهو قول أبي

الحسن الأشعري والمعتزلة، وقالوا: ليس في الحادثة أشبه مطلوب.

وقال أصحاب الأشعري بخراسان: لا يصح هذا المذهب عنه، والمشهور عند أهل العراق ما ذكرناه، ولأنه من أدى اجتهاده إلى حكم يلزمه العمل به ولا يحل له مخالفته، فدل على أنه الحق، ولو كان الحق واحداً لكان إليه طريق، وكان من عدل عنه مفرطاً مذموماً كمسائل الأصول.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء إلى أن الحق في أحدها، وإن لم يتعين لنا فهو عند الله تعالى متعين، لاستحالة أن يكون الشيء الواحد في الزمان الواحد في الشخص الواحد حلالاً وحراماً؛ لأن ما حل لشخصٍ في حالٍ لم يكن حراماً عليه في تلك الحالة فينافيه ويناقضه، ولأن الصحابة ومن بعدهم تناظروا، واحتج كل واحدٍ على قوله وخطأ بعضهم بعضاً، ولهذا قال علي، وعثمان، وعبد الرحمن ـ رضي الله عنهم إن كانا قد اجتهدا فقد أخطأ، وهذا يقتضي أن كل واحدٍ منهم يطلب إصابة الأشبه، ولأنهم قد اختلفوا في اجتهادهم في القبلة إلى أربع جهاتٍ لا يدل على أن القبلة في الجهات الأربع، وإن جاز لكل واحدٍ منهم أن يصلي إلى الجهة التي يؤدي اجتهاده إليها كذلك هنا.

وأما قولهم أنه لو كان كذلك لكان مفرطاً مذموماً. قلنا: يجوز أن يعذر في الخطأ لعموم طريقه، لقوله ﷺ: «وإذا اجتهد فأخطأ فله أجرٌ».

وقال بعض المتكلمين: ليس عند الله تعالى شيء مطلوب، ولا يجب على المجتهد أن ينظر في دليل ولا شيء يتوصل به إلى مطلوب، وإنما يعمل على غالب ظنه وما يقوى في نفسه، كما يعمل في المعاملات بغالب ظنه وبما يقوى في نفسه، وهذا خطأ فاحش؛ [١٣٣/أ] لقوله تعالى: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَۚ﴾ [الأنبياء: ٧٩]، فأخبر أنه خص سليمان عليه السلام بالفهم، وعلى قولهم يكون داود وسليمان سواء.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن الفقهاء اختلفوا هل كل مجتهد فيها مصيب أم لا؟ فعند الشافعي أن المصيب منهم واحد وإن لم يتعين، وأن جميعهم مخطىء إلا ذلك الواحد، فمن أصاب الحق فقد أصاب عند الله تعالى في الحكم، ومن أخطأ الحق فقد أخطأ عند الله تعالى وأخطأ في الحكم، وبه قال مالك وجماعة. وقال أبو يوسف وطائفة: كل مجتهد مصيب، وأن الحق في واحدٍ، فمن أصابه فقد أصاب ما عند الله تعالى وأصاب الحكم، ومن أخطأ فقد أخطأ ما عند الله تعالى وأصاب في الحكم.

وقال بعض أصحابنا المتأخرين: مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ هذا وغلطوا فيه، وإنما تعلقوا بقول الشافعي في مواضع: «أدى ما كلف»، فظنوا أنه أراد بذلك أنه أصاب ولم يرد هذا، بل أراد أنه في معنى من أدى ما كلف في أنه لا يأثم.

وقال القاضي الطبري: نص في القديم والجديد على ما ذكر أولاً، ولا أعلم أحداً من أصحابه اختلف على مذهبه في ذلك، وإنما نسب إليه قوم من المتأخرين ممن لا معرفة لهم بمذهبه، وتشبثوا بألفاظ ليس فيها دليل عند من فهم من مذهبه، وإذا أردت

أن تعرف ذلك فكل موضع رأيت فيه قوله: «أدى ما كلف» ونحو ذلك. فاقرأ الباب من أوله واقرأ ما قبله وبعده فإنك تجد للشافعي ـ رضي الله عنه ـ نصاً [١٣٣/ب] أن الحق في واحدٍ وما عداه خطأ.

وقال أبو إسحاق: يشبه أن تكون المسألة على قولين؛ لأن الشافعي ذكر قولين فيمن أخطأ القبلة بيقين هل تلزمه الإعادة أم لا؟ والأصح أن عليه الإعادة، ومن يقول كل مجتهد مصيب يقول: لا إعادة عليه، وكذلك قال: إذا دفع الزكاة إلى من ظاهره الفقر فبان غنياً، هل تلزمه الإعادة؟ فيه قولان. وهذه الطريقة اختيار أبي حامد، وهو الذي حكاه عن أبي إسحاق، والصحيح عن أبي إسحاق ما ذكرنا.

واختلف القول عن أبي حنيفة رحمه الله، فقيل: إنه ذكر في بعض المسائل كقولنا، وفي بعضها كقول أبي يوسف.

والدليل على صحة قولنا إن الحق لما كان في واحدٍ لم يكن المصيب إلا واحداً ولو كان كل مجتهد مصيباً، وقد نسب الله تعالى نبيه داود عليه السلام إلى الخطأ، وسليمان عليه السلام إلى الإصابة يقول تعالى: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ﴾ [الأنبياء: ٧٩] الآية، وأيضاً روي أن النبي ﷺ قال: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر» فنسبه إلى الخطأ وإن جعل له أجراً.

فإن قيل: لو اختلفا في الإصابة لما شرك بينهما في الأجر. قلنا: ولو اتفقا في الإصابة لما فاضل بينهما في الأجر. فإن قيل: لما استجازوا أن يولوا من خالفهم في الاجتهاد دل على أن كل مجتهد مصيب. قيل: قد أنكر علي ـ رضي الله عنه ـ على شريح القاضي حين خالفه في ابني عم أحدهما أخ لأم، وقال: «عليَّ بالعبد الأبطر، وعزله عن القضاء»، على أن نفوذ الاجتهاد عين الحكم، وقد يجوز أن يتفقا عليه [١٣٤/أ] وقت الحكم.

فإذا صح أن الواحد هو المصيب منهم، وإن كان غير متعين بالمصيب مأجور على الاجتهاد وعلى الصواب، والمخطىء غير مأجور على الخطأ، ولكن مذهب الشافعي أنه مأجور على الاجتهاد وإن أخطأ فيه لقصده الصواب وإن لم يظفر به، وإنما لا يؤجر على الخطأ: لأن الأجر للترغيب في الصواب ولا ترغيب في الخطأ.

قال أبو إسحاق: ويجوز أن يؤجر على قصده وإن كان الفعل خطأ، كما لو اشترى رقبة فأعتقها تقرباً إلى الله عز وجل، ثم وجدها حر الأصل فقد تلف ثمنها وهو مأجور، وإن لم يصح شراءه وعتقه لم يقع لما أتى به من القصد إلى فك رقبةٍ والتقرب به إلى الله تعالى، وقد نص الشافعي على هذا.

وأيضاً فلا بد للمجتهد أن يعدل باجتهاده عن طرقٍ فاسدةٍ يتضح له فسادها إلى طريق مشتبه يظن فيه الحق بعدوله عن تلك الطريق الفاسدة اجتهاده صحيح فأثيب على ذلك. قال أبو إسحاق وفيه وجه آخر أنه يؤجر على نيته وعلى نفس اجتهاده، ولا يؤجر على الحكم لخطئه فيه.

فأما اجتهاده: فما بلغ منه فهو صواب وما بقي عليه من اجتهاده إلى بلوغ معرفة الحق فهو معذور في تخلفه عنه؛ لأن فهمه بلغ بعض طريقه ولم يبلغ به أقصى ما طلبه فهو فيما أتى به مأجور ومصيب فيه، ومنزلته منزلة الحاج الذي أمر بقطع المسافة ليبلغ به إلى بيت الله الحرام، فسلك بعض الطريق ثم ضعف عن باقيه أو تلفت راحلته، يؤجر [١٣٤/ب] على القدر الذي قصده.

وعبَّر القفال عن هذا فقال: لا يستحق الأجر في قصده الخطأ الموضوع عنه، وإنما يستحق الأجر على إنشاء قصد الثواب. مثاله: أن يقوم ليخرج إلى مكة فأخطأ في نصف الطريق وعدل إلى طريق آخر، فثوابه من ابتداء قصده إلى موضع عدوله إلى الخطأ. قال: وهذا معنى قول الشافعي: «لا يؤجر على الخطأ إنما يؤجر على قصد الثواب». وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «نية المؤمن خير من عمله»(١)، ولهذا ثلاث تأويلاتٌ:

أحدها: أن نيته في الاجتهاد خير من خطئه في الاجتهاد.

والثاني: يعني أن نيته خير من خيرات عمله.

والثالث: أن النية أوسع من العمل؛ لأنها تسبق الأقوال والأفعال فيعجل الثواب عليها.

وقال القاضي الطبري: ما قاله أبو إسحاق أولاً أصح؛ لأن ذلك الاجتهاد خلاف الاجتهاد الذي يصيب به الحق فلا يؤجر عليه ولا على بعض أجزائه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: ثواب المخطىء على ماذا؟ فيه قولان:

أحدهما: على الاجتهاد كرجلين سلكا الجامع من طريقين فأضل أحدهما الطريق أثيب عليه وإن لم يصل إلى الجامع.

والثاني: على القصد كرجلين رميا إلى كافرٍ فأصابه أحدهما دون الآخر، يثاب المخطىء على القصد، وإطلاق القولين خطأ على المصيب. وقال الأصم وابن علية: هو مأثوم على الاجتهاد لخطئه فيه. [١٣٥/أ] وقالت طائفة من أهل العراق: هو غير مأجور عليه ولا مأثوم فيه. وهذا خطأ للخبر الذي ذكرنا.

وقال الإمام أبو القاسم الصميري: كل مجتهد مصيب في أنه أدى ما كلف من الاجتهاد وإن أخطأ الحكم الذي أراده الله تعالى إلا واحداً، وهذا لا يصح؛ لأنه كلف الاجتهاد المؤدي إلى الصواب، ولم يكلف الاجتهاد المؤدي إلى الخطأ.

وأما الاستنباط وهو المقدمة الثانية من مقدمتي القياس، فهو من نتائج الاجتهاد، فكان فرعاً وأصلاً للقياس؛ لأن الوصول إلى استنباط المعاني بعد الاجتهاد في الدلائل، وصحة القياس يكون بعد استنباط المعاني، ولذلك صار الاستنباط فرعاً للاجتهاد وأصلاً للقياس. والاستنباط يختص باستخراج المعاني من ألفاظ النصوص

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٦/ ٢٢٨)، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» (٣/ ٢٥٥).

مأخوذ من استنباط الماء إذا استخرج من حفرته.

وقد جعل الله تعالى الأحكام أعلاماً من أسماء ومعاني: فأما الأسماء فهي ألفاظ ظاهرة تعرف بالبديهة. والمعاني: علل باطنة تعرف بالاستنباط، ويكون الحكم بالاسم مقصوراً عليه وبالمعنى متعدياً عنه، فصار معنى الاسم أخص بالحكم من الاسم لعموم المعنى بالتعدي وخصوص الاسم بالوقوف، ولئن كانت المعاني تابعة للأسماء؛ لأنها مستودعة فيها فالأسماء تابعة لمعانيها لتعديها إلى غيرها. فإن تورعنا في تعليق الأحكام كان ما يدل عليه في إثبات القياس كافياً، وإذا كان كذلك وجب أن يستنبط [١٣٥/ب] معاني الأحكام بالاجتهاد، ليعلم بالقياس حكم ما يرد فيه نص من معاني ما ورد فيه النص، فما وجد فيه معنى النص شاركه في حكمه قياساً، وما عدم فيه معنى النص خالفه في حكمه عكساً، فيكون القياس موجباً لحكم الإثبات في الطرد، وحكم النفي في العكس.

ومن أصحابنا من جعله موجباً لحكم الطرد في الإثبات ولم يجعله موجباً لحكم العكس في النفي، وهو قول من اعتبر في صحة العلة الطرد دون العكس، وزاد قول من اعتبر صحتها بالطرد والعكس. والفرق بين المعاني والعلل أن المعنى ما وجب به الحكم في الأصل حتى تعدى إلى الفرع، والعلة اجتذاب حكم الأصل إلى الفرع، فصار المعنى ما ثبت به حكم الأصل، والعلة ما ثبت به حكم الفرع. ثم هما بعد هذا الفرق يجتمعان من وجهين ويفترقان من وجهين:

فأما الاجتماع: أن حكم الأصل موجود في المعنى والعلة. والثاني: أن المعنى والعلة موجودان في الفرع والأصل.

وأما الافتراق: فالعلة مستنبطة من المعنى وليس المعنى مستنبطاً من العلة لتقدم المعنى وحدوث العلة.

والثاني: أن العلة قد تشتمل على معاني، والمعنى لا يشتمل على علل؛ لأن الطعم والجنس معنيان وهما علة الربا.

وعبر بعض الفقهاء عن المعنى بالعلة، وعن العلة بالمعنى، ولم يذكر فرقاً بينهما، إما اتساعاً وإما استرسالاً، والتحقيق فيهما ما ذكرناه من الفرق. فإذا تقررت هذه الجملة وجب على المجتهد في استنباطه المعاني والعلل أربعة شروطٍ يعتبر بها صحتها ثم تختص العلل دون المعاني بشرطين مختلفين فيهما.

فأما [١٣٦/أ] أحد الأربعة: فأن يكون المعنى مؤثراً في الحكم، فإن لم يؤثر فيه لم يجز أن يكون معنى للحكم ولا علة له، فإن النبي ﷺ لم يرجم ماعزاً لاسمه ولا لهيئة جسمه ولكن للزنا، فصار الزنا علة الرجم، وكما أثبت الرسول ﷺ الربا في البر، لا لأنه مزروع، ولكن لأنه مطعوم فكان الطعم علة الربا دون الزرع.

والثاني: أن يسلم المعنى والعلة على الأصول ولا يرد فيهما نص ولا إجماع؛ لأن القياس فرع لهما يستعمل عند عدمهما فلم يجز أن يكون دافعاً لهما، فإذا رده أحدهما بطل.

والثالث: أن لا يعارضهما من المعاني والعلل ما هو أقوى منهما، فإن الأقوى أحق بالحكم من القياس، وما أدى إلى إبطال الأقوى فهو الباطل بالأقوى.

والرابع: أن يطرد المعنى والعلة فيوجد الحكم بوجودهما فيسلما من نقصٍ أو كسرٍ.

فإن عارضهما نقص أو كسر فعدم الحكم مع وجودهما فسد المعنى وبطلت العلة؛ لأن فساد العلة يدفعها وفساد المعنى لا يدفعه؛ لأن المعنى لازم والعلة طارئة؛ لأن الكيل إذا بطل أن يكون علة الربا في البر لم يبطل أن يكون الكيل باقياً في البر، فيصير التعليل باطلاً والمعنى باقياً.

ولا يجوز تخصيص المعاني والعلل المستنبطة لتسلم من النقص المعترض أو يكون دخول النقص عليهما بارتفاع الحكم مع وجودهما دليلاً على فسادهما. فأما العلل المنصوص عليها فقد اختلف أصحابنا في جواز تخصيصها على وجهين:

أحدهما: لا يجوز تخصيصها اعتباراً بالعلل المستنبطة.

والثاني: يجوز تخصيصها؛ لأنها لفظ منطوق به، فجرت مجرى تخصيص العموم كما علل رسول الله ﷺ المنع من بيع الرطب بالتمر بأنه ينقص [١٣٦/ب] إذا يبس.

وحكي عن أبي حنيفة أنه جوز تخصيص العلل المستنبطة من النصوص عليها، ولم يفسدها بمعارضة النقض لخروجها منها بالتخصيص، بدليل أنه لما جاز تخصيص العموم كان تخصيص العلل أولى؛ لأنها قد تستنبط من عمومٍ مخصوص هي له فرع وهو لها أصل، وهذا لا يصح من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان سلامة الطرد معتبراً في العلل العقلية وجب أن يكون معتبراً في العلل الشرعية؛ لأن أحكام الشرع لا تخرج عن قضية العقل.

والثاني: أن تكون العلة إذا عارضها نقص لم يكن التعليل بالمنتقض أولى بالتعليل من الناقص، فتعارضا بهذه المقابلة فوجب العدول عنها إلى ما لا تعارض فيه.

وأما الشرطان المختلف فيهما في تصحيح العلل:

أحدهما: عكس العلة هل يكون معتبراً في صحتها؟ وجهان:

أحدهما: قال ابن أبي هريرة وجماعة: لا يعتبر، فإنه إذا ثبت الحكم بوجودها صحت وإن لم يرتفع بعدمها؛ لأن المقصود بها ثبات الحكم دون نفيه، وكما يصح المعنى إذا اطرد ولم ينعكس.

والثاني: أن صحة العكس معتبر فيها؛ لأن علل الشرع معتبرة بعلل العقل في الطرد والعكس، ولأن عدم التأثير في ارتفاعها يدل على عدم التأثير في وجودها، والفرق بين المعنى والعلة في اعتبار العكس ما قدمناه من الفرق.

والثاني: وقوف العلة على حكم النص وعدم تأثيرها فيما عداه كوقوف علة الربا في الذهب والفضة عليها تعليلاً بأنها أثمان.

واختلف أصحابنا في أنها هل تكون علة لثبوت الربا، فقال أبو بكر القفال: أشار إليه في أصوله ولا تكون علةً؛ لأن العلة ما جذب حكم الأصل إلى فروعه، ويجعل

ثبوت الربا في الذهب والفضة بالاسم دون المعنى. وقال جمهور أصحابنا: [١٣٧/أ] إنها علة وإن لم تتعد عن حكم الأصل؛ لأن وقوفها يوجب نفي حكم الأصل عن غيره، كما أوجب تعديها ثبوت حكم الأصل في غيره، فصار وقوفها مؤثراً في النفي كما كان تعديها مؤثراً في الإثبات، فاستفيد بوقوفها وتعديها حكم غير الأصل، فعلى هذا يكون ثبوت الربا في الذهب والفضة بالمعنى دون الاسم، فصارت صحة المعاني معتبرة بأربعة شروطٍ، وفي صحة العلل وجهان:

أحدهما: تعتبر صحتها بأربعة شروطٍ لما قدمناه من فرق ما بين المعاني والعلل.

فإذا تقرر هذا وجب على المستنبط أن يعتبر بها حكم الأصل في الكشف عن معانيه، فإن لم يجد فيها ما يؤثر في الحكم، كأعداد الركعات ونُصب الزكوات، علم أن معانيه غير معقولة، وأن الحكم فيها مقصوراً على الاسم ومعتبر بالاسم، وإن كان في معاني الأصل ما يكون مؤثراً في الحكم سير جميع معانيه ولم يقتصر على المعنى الأول؛ لجواز أن يكون بعده ما هو أقوى منه، ليكون حكم الأصل معتبراً بأقوى معانيه.

ثم لا يخلو معاني الأصل من أن يكون الحكم متعلقاً بجميعها أو ببعضها، فإن تعلق بجميع معاني الأصل كالربا في الذهب والفضة فهي العلة الواقفة، وهل يكون ثبوت الحكم في الأصل بالمعنى أو الاسم، فعلى ما ذكرناه من الوجهين، وإن تعلق الحكم ببعض معانيه فهو على ضربين؛ **أحدهما**: أن يصح تعلق الحكم بأحد معانيه. **والثاني**: أن لا يصح. فإن صح تعليقه بأحدها فهو على ضربين:

أحدهما: أن تتفق أحكامها في الفروع، فيوجب كل واحدٍ منهما بوجوب غيره، فيكون المستنبط مخيراً في تعليق الحكم بأيها شاء، كما يجوز أن يثبت حكم الأصل بأي دلائله شاء. [١٣٧/ب] **والثاني**: أن تختلف أحكام المعاني في الفروع، فيوجب كل واحدٍ غير ما يوجب الآخر، كتعليل الربا في البر بأنه مقتات وبأنه مأكول، وبأنه مكيل، ولكل واحدٍ من هذه المعاني فروع تجتذبها ليست في غيره، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون أحدهما داخلاً في الآخر، فيكون الحكم معتبراً بالمعنى للأعم دون الأخص في تعليل الربا في البر بأنه مقتات، وتعليله بأنه مأكول والقوت يدخل في المأكول، فكان تعليله بالأكل منه بالقوت لعموم الأكل وخصوص القوت.

والثاني: أن لا يدخل أحدهما في الآخر، كالتعليل بالأكل والتعليل بالكيل، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون أحد المعنيين أكثر فروعاً من الآخر، فيكون أكثرها فروعاً أولى وتعليل الحكم به أحق لكثرة بيانه بكثرة فروعه.

والثاني: أن تتقارب فروعهما، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون شواهد أكثر الأصول مع أحدهما، وشواهد أقلها مع الآخر فيكون أكثرها شواهد أولى، وتعليل الحكم به أحق لقوته بكثرة شواهده.

والثاني: أن تتساوى شواهد الأصول لكل واحدٍ منهما ولا يترجح أحدهما على الآخر بشيء، فيتعلق حكم الأصل بكل واحدٍ من المعنيين، ويكون اجتماعهما معاً علة في فروع الأصل، لقوة العلة باجتماعهما واستيعابهما لفروعهما.

وأما إذا لم يصح تعليق حكم الأصل بأحد معانيه لدخول الكثير عليه، وجب أن يضم إليه معنى آخر من معاني الأصل، فيجمع فيه بين معنيين، فإن سلما بالاجتماع من كسرٍ يدخل عليهما صارا جميعاً معنى الحكم في الأصل، وعلة الحكم في الفرع، وإن لم يسلم المعنيان من كسرٍ ضممت إليهما معنًى ثالثاً، فإن سلمت صار جميعها معنى الحكم في الأصل وعلة الحكم في الفرع، وإن لم تسلم المعاني الثلاثة [١٣٨/أ] من كسرٍ ضممت إليها رابعاً وخامساً، كذلك أبداً حتى يجمع بين معاني الأصل، فيتبين باجتماع معانيها وقد قل حكمه وعدم تعديه. ومنع أبو حنيفة تعليق الحكم بما لم يتعد معانيه وأبطل به العلة الواقفة. وخص بعض أصحابنا معاني العلة، ومنع من تعليق الحكم بأكثر من أربعة أصنافٍ.

ولو تعارض التعليل بمعنيين أحدهما منصوص عليه والآخر مستنبط، كان معنى النص أولى من معنى الاستنباط، كما يكون الحكم بالنص أولى من الحكم بالاجتهاد، وذلك مثل تعليل مال الفيء بقوله تعالى: ﴿كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ﴾ [الحشر: ٧]، وتعليل تحريم الخمر بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيۡطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيۡنَكُمُ ٱلۡعَدَٰوَةَ وَٱلۡبَغۡضَآءَ﴾ [المائدة: ٩١] الآية. وكما علل النبي ﷺ بيع التمر بالرطب بقوله: «أينقص الرطب إذا يبس...» الخبر، فهذا التعليل كله عن نص الشافعي رضي الله عنه لا يجوز أن يدفع بعللٍ مستنبطة.

إذا ثبت ما ذكرنا من مقدمتي القياس، فالقياس موضوع لطلب أحكام الفروع المسكوت عنها من الأصول المنصوصة بالعلل المستنبطة من معانيها، ليلحق كل فرع بأصله حتى يشركه في حكمه لاشتراكهما في المعنى والجمع بينهما بالعلة، فصار القياس إلحاق الفرع بالأصل بالعلة الجامعة بينهما في الحكم.

واسم القياس مأخوذ في اللغة من المماثلة، يقال: هذا قياس هذا أي مثله؛ لأن القياس هو الجمع بين المتماثلين في الحكم. وقيل: إنه مأخوذ من الإصابة، يقال: قَسَسْتُ الشيء إذا أصبته؛ لأن القياس يصيب به الحكم.

والقياس: أصل من أصول الشرع وحجة [١٣٨/ب] يستخرج بها أحكام الفروع المسكوت عنها، يجب العمل به عند عدم النصوص في الإجماع، واختلفوا في طريق إثباته، فقال الأكثرون: هو دليل بالشرع. وقال بعضهم: هو دليل بالعقل وهو ضعيف. وقال النظام، وداود، والقاساني، والمغربي، والنهرواني، والشيعة: لا يجوز أن يعمل به في الشرع، ولا القول به، ولا يستدل به على حكمٍ في فرع، والأحكام متعلقة بالأسماء دون المعاني.

وعندنا يتعلق الحكم بمعانيها إذا عقلت، وبالأسماء إذا جهلت ويكون اختلافهما

على ما ورد الشرع بها. واختلفوا في طريق نفيه، فقال بعضهم: منفي بالعقل وحده. وقال بعضهم: منفي بالشرع وحده. وحكي عن داود أنه قال: لم يرد الشرع به، ولو ورد به لجاز أن يكون دليلاً فيه. وقيل: إنه قال: العقل لا يوجبه والشرع لم يوجبه، وهذا كله غلط، وهذا الخلاف خلاف حادث بعد أن تقدم الإجماع بإثباته من الصحابة والتابعين قولاً وعملاً.

أما العمل: فإنهم اختلفوا في مسائل، مثل قوله: أنت عليَّ حرام، ومقاسمة الجد الإخوة، وذهب كل واحدٍ منهم مذهباً، ولا يجوز أن يكونوا قالوا ذلك توقيفاً؛ لأن أحداً منهم ما أظهر فيه توقيفاً، فثبت أنهم قالوه اجتهاداً وقياساً. وأما القول: قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه في الكلالة: أقول فيها برأيي. وعن عمر ـ رضي الله عنه ـ مثل ذلك. وقال ابن مسعود رضي الله عنه في مسألة المفوضة أقول برأيي، فإن أصبت فمن الله تعالى، وإن أخطأت فمني ومن الشيطان [١٣٩/أ] والله ورسوله منه بريئان، وغير هذا من الألفاظ في مسائل كثيرة، ما تدل على الاجتهاد والقياس، فدل ذلك على صحة ما قلناه.

وأيضاً قال الله تعالى: ﴿فَٱعْتَبِرُوا۟ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَٰرِ﴾ [الحشر: ٢]، وفي الاعتبار وجهان: **أحدهما**: أنه مأخوذ من العبور، وهو أن يجاوز المذكور إلى غير المذكور، وهذا هو القياس.

والثاني: مأخوذ من العبرة، وهو اعتبار الشيء بمثله، ومنه عبرة الخراج، أن يقاس خراج عام بخراج عامٍ غيره في المماثلة.

وفي كِلا الوجهينِ دليل على القياس؛ لأنه أمر أن يستدل بالشيء على نظيره، وبالشاهد على الغائب.

وأيضاً قال الله تعالى: ﴿وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِىَ خَلْقَهُۥ﴾ [يس: ٧٨] الآية، فجعل خلق الأحياء دليلاً على خلق الموتى، وهذا دليل مستمر في قضايا العقول، ولولا القياس لما صار دليلاً.

وأيضاً قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣]، وأولوا الأمر هم العلماء، والاستنباط هو القياس، فصارت هذه الآية كالنص في إثباته.

وروي في خبر معاذ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «أجتهد رأيي» وهذا دليل على جواز الاجتهاد عند عدم النص، وأن ليس كل الأحكام مأخوذة عن نص، فصار القياس أصلاً بالنص. وروي أنه ﷺ قال في خبر عمر رضي الله عنه: «أرأيت لو تمضمضت» وهذا قياس. وأيضاً لما استقر في العقل أن يستدل بالشاهد على الغائب، ويجمع بين المتماثلين في الشبه، ويسوي بين المتفقين [١٣٩/ب] في المعنى، وجب أن يكون في قضايا السمع استدلال بالشاهد على الغائب، والجمع بين المتماثلين في الشبه والمتفقين في المعنى استدلالاً بالعقل والسمع. أما العقل فشواهده واضحة.

وأما السمع فقد يستقر بالشاهد على الغائب في القبلة بقوله تعالى: ﴿وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ﴾ [البقرة: ١٤٤].

وفي الجمع بين المشتبهين في المماثلة وجزاء الصيد بقوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]. وفي التسوية بين المتفقين في المعنى لاعتبار الرق في حد العبد بالزنا بحد الأمة بقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥] الآية.

فإن قيل: أحكام العقل متفقة وأحكام السمع مختلفة فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر. قلنا: نحن نقيس على أحكام السمع ما وافقها كما نقيس على أحكام العقل ما وافقها، فصار كل واحد منهما أصلاً لفروعه في المماثلة.

فإذا تقرر هذا فالقياس قياسان؛ قياس معنى وقياس شبهٍ. والفرق أن قياس المعنى ما لم يكن لفرعه إلا أصل واحد أخذ حكمه من معناه. وقياس الشبه ما تجاذبته أصول فيلحق بأقواها شبهاً به، فصار قياس المعنى أقوى من قياس الشبه على الوجهين.

ثم قياس المعنى ينقسم قسمين؛ خفي وجلي. فأما الجلي فيكون معناه في الفرع زائداً على معنى الأصل. والخفي يكون معناه في الفرع مساوياً لمعنى الأصل. والقياس الجلي على ثلاثة أضربٍ:

أحدها: ما عرف معناه من ظاهر النص بغير [١٤٠/أ] استدلالٍ، ولا يجوز أن يرد التعبد فيه بخلاف أصله، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٣]، فدل تحريم التأفيف ببديهة النص على تحريم الضرب والشتم لما فيه من إهانة الأبوين والأذى. ويجوز أن يحرم التأفيف ويبيح الضرب والشتم، فصار تحريم الضرب والشتم مأخوذاً من تحريم التأفيف قياساً، ومثله قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝٧﴾ [الزلزلة: ٧] الآية. فلا يجوز أن يجازى على قليل الطاعة ولا يجازى على كثيرها، ويعاقب على قليل المعصية ولا يعاقب على كثيرها. وقال القفال الشاشي: حكم ذرةٍ ونصف ذرةٍ بمنزلةٍ، وإنما قال هذا حتى لا يقول مهوس الكثير ذرات والاسم متناول لها، ومثله قوله: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥] الآية، فالأمين على القنطار هو على الدينار آمن والخائن في الدينار هو في القنطار أخون. ومثله قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِثْقَالَ حَبَّةٍ مِّنْ خَرْدَلٍ أَتَيْنَا بِهَا﴾ [الأنبياء: ٤٧] وقوله تعالى: ﴿وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾ [النساء: ١٢٤].

وقال بعض مشايخنا: لا يسمى هذا قياساً؛ لأن العرب وضعت هذه اللفظة للتنبيه على ما زاد عليه، فيكون النهي عن الضرب والشتم باللفظ دون المعنى، وسماه بعضهم مفهوم الخطاب، وقيل: هو فحوى الخطاب، قالوا: والقياس ما خفي حكم المسكوت عنه بالاستدلال من المنصوص عليه، فما خرج عن الخفاء لم يحتج إلى الاستدلال فليس بقياسٍ. وقال نفاة القياس: مثل هذا لا يكون قياساً، [١٤٠/ب] بل هو نص. وقيل: إنه تنبيه وهذا غلط؛ لأن النص ما عرف حكمه من اسمه. والقياس ما عرف حكمه من اسم غيره وقد وجد هنا؛ لأن اسم التأفيف لا ينطلق على الضرب كما لا

ينطلق الضرب على التأفيف، فصار تحريم الضرب مأخوذاً من معنى التأفيف لا من اسمه، فإن امتنعوا أن يسموه قياساً فقد سلموا معناه وخالفوا في اسمه، والمخالفة في الاسم ساقطة مع تسليم المعنى. وأيضاً فالمعاني تتنوع إلى جلي تسبق بديهته إلى الفهم من غير استدلالٍ، وإلى خفي لا يفهم إلا بالفكر والاستدلال، كالأسماء تتنوع إلى واضح تعرفه الخاصة والعامة، وإلى غامض تعرفه الخاصة دون العامة، كنهيه ﷺ أن يصلي الرجل وهو زناء، وقوله ﷺ: «لا جلب، ولا جنب، ولا خلاط، ولا وراط». ونهى ﷺ عن الملاقيح والمضامين. ثم اختلاف الأسماء وفي الوضوح والغموض لا يمنع أن تكون كلها نصوصاً، وكذلك اختلاف المعاني في الجلاء والخفاء لا يمنع أن تكون كلها قياساً.

واعلم أن هذا الوجه من القياس أقرب وجوه القياس إلى النصوص لدخول فرعها في النصوص، ولا خلاف بين أصحابنا في جواز تخصيص العموم به، وهل يجوز به النسخ أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول الأكثرين: لا يجوز؛ لأن القياس فرع للنص الذي هو أقوى، فلا يجوز أن يكون ناسخاً له.

والثاني: وهو اختيار ابن أبي هريرة وجماعة يجوز؛ لأنه لما جاز [١٤١/أ] أن يرد التعبد في فرعه بخلاف أصله، صار الفرع كالنص فجاز به النسخ.

فإن كان أصله نصاً في القرآن جاز أن ينسخ به القرآن دون السنة، وإن كان أصله نصاً في السنة جاز أن ينسخ به السنة دون القرآن.

ومن هذا اختلف أصحابنا في قوله تعالى: ﴿إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَـٰبِرُونَ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ﴾ [الأنفال: ٦٥] الآية، مع قوله: ﴿ٱلْـَٔـٰنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا﴾ [الأنفال: ٦٦]الآية، أن نسخ مصابرة عشرين مائتين بمصابرة عشرين أربعين، علم بالقياس بظاهر الكلمة، فمنهم من قال: علم بالقياس؛ لأن الله تعالى لم ينص على حكم العشرين، وإنما قسناه على نسخ ظاهر الكلمة، ومنهم من قال: علم بظاهر الكلمة.

والضرب الثاني: ما عرف معناه من ظاهر النص بغير استدلالٍ بالإجماع، ولكن يجوز أن يرد التعبد فيه بخلاف أصله، مثل نهي رسول الله ﷺ عن الأضحية بالعوراء، والعرجاء، فكانت العمياء قياساً على العوراء والقطعاء قياساً على العرجاء، لأن نقصها أكثر والنص للنقص وإن جاز أن يرد التعبد بإباحة العمياء والقطعاء مع تحريم العوراء والعرجاء وهذا مما اختلف فيه نفاة القياس، فاقتصر بعضهم على تحريم النص وأباح ما عداه، فحرم التضحية بالعوراء والعرجاء وأباح التضحية بالعمياء والقطعاء، وأثبت بعضهم تحريم جميعه بالتنبيه دون النص، فهذا الضرب من القياس يجوز تخصيص العموم بمثله، ولا يجوز به النسخ بالاتفاق لجواز ورود التعبد في الفرع بخلاف أصله.

ومن هذا الجنس قوله ﷺ: [١٤١/ب] «لا يقضي القاضي وهو غضبان» وقد أجمعوا

على أن منعه منه لأنه يزعجه ويغير طبعه، فكان النعاس الغالب، والجوع الشديد والشبع المثقل، والحزن المفرط قياساً عليه لوجود معناه فيه.

ومثله قوله ﷺ في الفأرة إذا ماتت في السمن: «إن كان جامداً فألقوها وما حولها، وإن كان مائعاً فأريقوه». وأجمعوا على أنه لنجاسة الفأرة.

وقال ﷺ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يتوضأ منه» فكان التغويط مثله. وقال ﷺ: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليهرقه وليغسله سبع مرات» فكان إذا بال الكلب فيه مثله.

فإن قيل: لا نعلم كل هذا قياساً، وإنما علمناه إجماعاً. قلنا: المجمعون إنما قالوا ذلك من طريق القياس دون غيره، ولو كان هناك سبب جمعهم عليه لعرفناه ولنقل إلينا كما نقل إجماعهم.

والضرب الثالث: ما عرف معناه من ظاهر النص باستدلالٍ ظاهر يعرف بمبادىء النظر، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، ولم يكن المعنى إلا نقص الرق بالعبد قياس عليه بهذا المعنى، كقوله ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبدٍ قوم عليه الباقي» فكانت الأمة قياساً.

وكقوله تعالى في يوم الجمعة: ﴿وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]، فعقد النكاح قياس على البيع، فهذا الضرب لا يجوز النسخ به ويجوز تخصيص العموم به عند أكثر أصحابنا. وقال بعضهم: لا يجوز تخصيص العموم به لخروجه عن الجلاء بالاستدلال، وهذا غلط؛ لأنه قد صار بجلاء الاستدلال كالجلي بغير استدلالٍ.

وهذه الضروب الثلاثة [١٤٢/أ] من القياس يجوز أن ينعقد بها الإجماع وينقض بها حكم من خالفها من الحكام.

وأما القياس الخفي: فهو ما خفي معناه فلم يعرف إلا بالاستدلال، ويكو معناه في الفرع مساوياً لمعنى الأصل، وهو على ثلاثة أضربٍ: **أحدها**: ما كان معناه لائحاً. **والثاني**: ماكان غامضاً. **والثالث**: ما كان مشتبهاً.

فأما الأول: فيعرف باستدلال متفق عليه مثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية، فكان عمات الآباء والأمهات في التحريم قياساً على الخالات لاشتراكهن في الرحم. وكقوله تعالى في نفقة الولد في صغره: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فكانت نفقة الوالد عند عجزه في كبره قياساً على نفقة الولد لعجزه في صغره، والمعنى في هذا الضرب لائح لتردده بين الجلي والخفي، وهو من ضروب الخفي بمنزلة الأول من ضروب الجلي، ويجوز أن ينعقد الإجماع بمثله وينقض به حكم الحاكم إذا خالفه، وهل يجوز تخصيص العموم به؟ فيه وجهان.

وأما الثاني: فهو ما كان معناه غامضاً للاستدلال المختلف فيه فتقابلت معانيه حتى غمضت، مثاله: تعليل الربا في البر المنصوص عليه، فيقابل فيه التعليل بالأكل ليقاس

عليه كل مأكول، والتعليل بالقوت ليقاس عليه كل مقتات، والتعليل بالكيل ليقاس عليه كل مكيل. ومثل هذا الضرب لا ينقض به حكم الحاكم ولا يخص به العموم.

وأما الثالث: وهو ما كان مستبهماً احتاج نصه ومعناه إلى استدلال كالذي قضى به الرسول ﷺ أن الخراج بالضمان يعرف بالاستدلال، أن الخراج هو المنفعة والضمان هو ضمان البيع، ثم عرف معنى المنفعة بالاستدلال، فتقابلت المعاني بالاختلاف فيها، فمن علل [١٤٢/ب] لها بأنها آثار فلم يجعل المشتري إذا رد بالعيب مالكاً للأعيان من الثمار والنتاج، ومن علل لها بأنها ما خالفت أجناس أصولها، فجعله مالكاً للثمار دون النتاج، وعللها الشافعي بأنها إنما يجعله مالكاً لكل نماء من ثمارٍ ونتاج، فمثل هذا الضرب ينعقد الإجماع في حكم أصله، ولا ينعقد في معناه ولا ينقض بقياسه حكم، ولا يخص به عموم وهو مما تقدمه وإن قاربه في حكمه.

وأما قياس الشبه: فهو ما تجاذبته الأصول، فأخذ من كل أصلٍ شبهاً، وأخذ كل أصل منه شبهاً، وهو نوعان: قياس تحقيق يكون الشبه في أحكامه. وقياس تقريب يكون الشبه في أوصافه، وقياس التحقيق مقابل لقياس المعنى الجلي وإن ضعف عنه. وقياس التقريب مقابل لقياس المعنى الخفي وإن ضعف عنه.

وأما قياس التحقيق فثلاثة أضربٍ:

أحدها: أن يتردد حكم الفرع بين أصلين ينتقص برده إلى أحدهما ولا ينتقص برده إلى الآخر فيرده إلى الأصل الذي لا ينتقص برده إليه وإن كان أقبل شبهاً دون الآخر. وإن كان أكثر شبهاً كالعبد هل يتردد بين الحر والبهيمة، فلما انتقص برده إلى الميراث حين لم يملك به وجب رده إلى البهيمة لسلامته من النقص، وإن كان شبهه بالأحرار أكثر.

والثاني: أن يتردد الفرع بين أصلين يسلم من النقص في رده إلى كل واحد منها وهو بأحد الأصلين أكثر شبهاً مثل أن يشبه أحدهما من وجه والآخر من وجهين أو أحدهما في وجهين والآخر من ثلاثة أوجه يرد إلى الأكثر مثاله: في الجناية على طرف العبد يتردد بتردده إلى الحر في تقدير الجناية على أطرافه وبتردده إلى البهيمة في وجوب ما نقص من قيمته وهو يشبه البهيمة في أنه مملوك وموروث ويشبه الحر في أنه آدمي مخاطب مكلف يجب في قتله القود والكفارة فوجب رده إلى الحر [١٤٣/أ] في تقدير أرش طرفه دون البهيمة لكثرة شبهه بالحر.

والثالث: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، ويوجد في الفرع بعض كل واحدٍ من الصفتين ولا يكمل فيه إحدى الصفتين، لكن يوجد فيه الأكثر من إحدى الصفتين والأقل من الأخرى، فيجب رده إلى الأصل الذي فيه أكثر صفاته. مثاله: ثبوت الربا في السقمونيا لما تردد بين الخشب في الإباحة؛ لأنه ليس بغذاء وبين الطعام في التحريم؛ لأنه مأكول فكان رده إلى الغذاء في التحريم وإن لم يكن غذاءً، وفي رده إلى الخشب في الإباحة وإن لم يكن غذاء؛ لأن الأكل أغلب بصفاته.

وأما قياس التقريب فثلاثة أضربٍ:

أحدها: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، وقد جمع الفرع معنى الأصل فيترجح في الفرع أغلب الصفتين. مثاله في المعقول: أن يكون أحد الأصلين معلولاً بالبياض والآخر معلولاً بالسواد، ويكون الفرع جامعاً بين السواد والبياض فيعتبر حاله، فإن كان بياضه أكثر من سواده رد إلى الأصل المعلول بالبياض، ولم يكن للسواد فيه تأثير، وإن كان سواده أكثر من بياضه رد إلى الأصل المعلول بالسواد دون البياض، ولم يكن للبياض فيه تأثير.

مثاله في الشرع: الشهادات أمر الله تعالى فيها بقبول العدل ورد الفاسق، وقد علم أن أحداً غير الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لا يمحض الطاعة حتى لا يشوبها بمعصية من الصغائر، فوجب اعتبار الأغلب من حاليه كما قال تعالى: ﴿فَأَمَّا مَن ثَقُلَتْ مَوَٰزِينُهُۥ ۝٦ فَهُوَ فِى عِيشَةٍ رَّاضِيَةٍ ۝٧ وَأَمَّا مَنْ خَفَّتْ مَوَٰزِينُهُۥ ۝٨ فَأُمُّهُۥ هَاوِيَةٌ﴾ [القارعة: ٦ ـ ٩]، [١٤٣/ب] فإن كانت الطاعات أغلب عليه حكم بعدالته، ولا تأثير لما فيه من معصيةٍ، وإن كانت المعاصي أغلب عليه حكم بفسقه، ولا تأثير لما فيه من طاعةٍ. وقال أبو حنيفة: هذا الضرب لا يكون قياساً؛ لأن ما استخرج علة فرعه من أصله، وهذا قد استخرج علة أصله من فرعه. ولأن القياس إنما يصح إذا كان معنى الأصل موجوداً بكماله في الفرع، فإذا وجد بعض أوصافه لا يصح إلحاقه به، وهذا لا يصح؛ لأن صفة العلة مستخرجة من الفرع وحكم العلة مستخرج من الأصل، والجمع بينهما موضوع بحكم العلة دون صفتها. ومثال هذا: ما نقول في الماء المطلق إذا خالطه مائع طاهر كماء الورد فلم يغيره نُظر، فإن كان الماء أكثر حكم له بالتطهير وإن كان فيه ما ليس بمطهرٍ، فإن كان ماء الورد أكثر حكم به غير مطهر، وإن كان فيه ما هو مطهر، ولأن الحادثة إذا أشبهت كل واحدٍ من الأصلين في بعض الأوصاف فلا بد من تعرف حكمها، ولا نص فيها يحتاج أن يلحق بأصله، ولا يجوز إلحاقها بغير هذين الأصلين؛ لأنه لا يجوز إلحاقها بما لا يشبهها، ويترك ما يشبهها، ولا يمكن إلحاقها بهما لتضادهما فكان إلحاقها بأكثرها شبهاً أولى.

وقال القاضي الطبري: هذا النوع من القياس ضعيف؛ لأنه مقيس على ما يلحق به من غير علةٍ وذلك لا يجوز، ولا الوصف الذي أشبه الأصل فيه من أن تكون علة الأصل وليس بعلةٍ، فإن علته فهو قياس العلة لا قياس الشبه، وإن لم تكن علته فلا يصح القياس عليه بغير علته. قال: ومعنى هذا [١٤٤/أ] عندي إذا تردد فرع بين أصلين وقاس كل واحدٍ من الخصمين على أصله فعلة ظاهرها الصحة يحتاج إلى الترجيح، فيغلب أحد الأوصاف بكثر الشبه، فيكون ذلك على سبيل الترجيح.

والثاني: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين والصفتان معدومتان في الفرع، وصفة الفرع تقارب إحدى الصفتين وإن خالفتها. مثاله في المعقول: أن يكون أحد الأصلين معلولاً بالبياض والأصل الآخر معلولاً بالسواد، والفرع أخضر لا أسود ولا

أبيض، فيرد إلى أقرب الأصلين شبهاً بصفته، والخضرة أقرب إلى السواد فيلحق به.

ومثاله في الشرع: قوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]. وليس المثل من النعم مشبهاً للصيد في جميع أوصافه، ولا منافياً له في جميع أوصافه، فاعتبر في الجزاء أقرب الشبه بالصيد. وقال أبو حنيفة: مثل هذا لا يكون قياساً؛ لأن القياس ما وجدت أوصاف أصله في فرعه، وأوصاف الأصل في هذا غير موجودةٍ في الفرع فصار قياساً بغير علةٍ، ولهذا لا يصح؛ لأن الحادثة لا بد لها من حكم، والحكم لا بد له من دليل، فإذا لم يكن في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع دليل عليها لم يبق لها أصل غير القياس، فكان أقرب بها شبهاً بأصل القياس هو علة القياس له، وقد جعله بعض أصحابنا اجتهاداً محضاً ولم يجعله قياساً، وهذا الاجتهاد لا بد له من أصل يعتبر فيه شبه الأصل فصار قياساً.

والثالث: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، والفرع جامع لصفتي الأصلين وأحد الأصلين [١٤٤/ب] من جنس الفرع دون الآخر. مثاله: أن يكون الفرع من الطهارة وأحد الأصلين من الصلاة والثاني من الطهارة، فيكون رده إلى أصل الطهارة لمجانسته أولى من رده إلى أصل الصلاة.

واعلم أن هنا أصلاً رابعاً اختلف أصحابنا في جواز وجوده، وهو أن يتردد الفرع بين أصلين فيه شبه كل واحدٍ من الأصلين، ولا يترجح أحدهما على الآخر بشيء، فمنع كثير من أصحابنا في وجوده، وأحال تكافىء الأدلة؛ لأنه لا يجوز أن يتعبد الله تعالى عبادة بما لم يجعل لهم طريقاً يوصلهم إلى عمله، ولكن ربما خفي على المستدل لقصوره في الاجتهاد، فإن أعوزه الترجيح بين الأصلين عدل إلى التماس حكمه من غير القياس. وذهب الأكثرون إلى جواز وجوده؛ لأنه لما جاز أن يكون من الأدلة غامضة لما علمه فيها من المصلحة جاز أن يكون فيها متكافئة لما يراه من المصلحة، وليس يخلو أن يكون لها حكم مع التكافىء. فعلى هذا اختلفوا في حكم ما تكافأت فيه الأدلة، وتردد بين أصلين حاظرا ومبيح على وجهين:

أحدهما: المجتهد بالخيار في رده إلى أي الأصلين شاء؛ لأن الله تعالى لو لم يرد كل واحدٍ منهما لنصب على مراده منهما دليلاً.

والثاني: يرده إلى أغلظ الأصلين حكماً، وهو الحظر دون الإباحة احتياطاً؛ لأن أصل التكليف موضوع على التغليظ.

فصارت أقسام القياس على ما شرحناه اثني عشر قسماً، ستة منها مختصة بقياس المعنى، منها ثلاثة أقسام في الجلي وثلاثة في الخفي، وستة أقسام مختصة بقياس الشبه، منها ثلاثة في قياس التحقيق، [١٤٥/أ] وثلاثة في قياس التقريب. فإذا تقرر هذا فالذي ثبت بالقياس في الشرع هو الأحكام المستنبطة من النصوص. فأما الأسماء والحدود والمقادير، هل يجوز استخراجها بالقياس؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز إذا تعلق بالأسماء أحكام كتسمية النبيذ خمراً لوجود معنى الخمر

فيه، ويجوز أن يثبت حد الخمر ثمانين قياساً على حد القذف، كما قال علي رضي الله عنه: إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذي، وإذا هذي افترى، وحد المفتري ثمانون. ويجوز أن تثبت المقادير قياساً كما قدرنا أقل الحيض وأكثره وأقل السفر وأكثره، وهذا اختيار ابن أبي هريرة؛ لأن جميعها أحكام.

والثاني: لا يجوز؛ لأن الأسماء مأخوذة من اللغة دون الشرع، ومعاني الحدود غير معقولة، والمقادير مشروعة. وإنما صير إلى هذه الأمور المقدرة إلى القول والثاني النظر، الفكر بالقلب والعقل والجدل، وهو الاحتجاج باللسان، وفي الفرق بين الدليل والحجة وجهان؟ **أحدهما**: الدليل ما دلك على مطلوبك والحجة ما منعت من زللك.

والثاني: الدليل ما دلك على صوابك والحجة ما دفعت قول مخالفك.

وفي الفرق بين النص والظاهر وجهان: **أحدهما**: النص ما كان لفظ دليله، والظاهر ما سبق مراده إلى لفظ سامعيه.

والثاني: النص ما لم يتوجه إليه احتمال، والظاهر ما سبق إليه احتمال.

وفي الفرق بين الفحوى ولحن القول وجهان:

أحدهما: الفحوى ما نبَّه عليه اللفظ، ولحن القول ما لاح في أثناء اللفظ.

والثاني: الفحوى ما دل على ما هو أقوى منه، ولحن القول ما دل على مثله، والله أعلم بالصواب [١٤٥/ب].

مسألة: قَالَ(١): «وَإِنْ لَمْ يكُنْ فِي عَقْلِهِ مَا إِذَا عَقَلَ القِيَاسَ عَقْلُهُ، وَإِذَا سَمِعَ الاخْتِلاَفَ مَيَّزَهُ، فَلاَ يَنْبَغِي لَهُ أَن يَقْضِيَ وَلاَ لأَحَدٍ أَنْ يَسْتَقْضِيَهُ».

جملة هذا أن الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ذكر الشرائط المعتبرة فيمن يلي القضاء، وهي ثلاث شرائط؛ **إحداها**: أن يكون من أهل الاجتهاد.

والثانية: أن يكون عدلاً.

والثالثة: أن يكون كاملاً.

فأما كونه من أهل الاجتهاد فهو أن يكون عالماً بكتاب الله تعالى، ولا نقول يجب عليه أن يحفظ القرآن، بل يجب أن يعرف الأحكام فيعرف العام والخاص، والمحكم والمتشابه، والمطلق والمقيد، والمجمل والمفسر، والناسخ والمنسوخ، ويعرف السنن التي تتعلق بالأحكام، ويعرف الإجماع والاختلاف على ما ذكرنا بالشرح فيمن يستشيره القاضي، ولا يجوز أن يكون القاضي عامياً، وبه قال أحمد.

واختلف أصحاب أبو حنيفة، فقال بعضهم وهو الأظهر: يجوز أن يكون القاضي عامياً يحكم بالتقليد؛ لأن الغرض فيه فصل الخصومات ورد المظالم، ويمكن ذلك بالتقليد كما تقلده المقوم ويحكم بالقيمة. وقال بعضهم: مذهبه نحو مذهبنا. والدليل على صحة ما ذكرنا أن الحكم أكد من الفتيا، فإذا لم يجز أن يفتي بالتقليد فلأنه لا

---

(١) انظر الأم (٥/٢٤٢).

يجوز الحكم أولى، وهذا لأن الحرية شرط في القضاء وإن لم تكن شرطاً في الفتيا.

فإن قيل: أليس يجوز أن يخبر بكل ما سمع؟ قيل: هذا خطأ؛ لأنه لا يجوز أن يكون مفتياً بكل ما سمعه، وإنما يجوز أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهاد، فيكون مقولاً بخبره لا بفتواه، ويخالف قول المقوم لأن ذلك لا يمكن الحاكم أن يعرف القيمة بنفسه بخلاف الحكم.

فإن قيل: هذا الذي ذكرتم من الشرائط يمنع القضاء والاستشارة؛ لأنه لا تكاد توجد [١٤٦/أ] هذه الأوصاف. قيل: قد بينا أنه يعتبر معرفة حمل هذه العلوم دون التبحر في كلها، ويعرف من لسان العرب ما يفهم به عن الله تعالى، وعن رسوله ﷺ، ويعرف في القياس ما يميز به بين القياس الصحيح وبين الفاسد، وبين الجلي والخفي، وقياس العلة وقياس الشبه، وهذا كله يجمعه فقهاءنا في هذا الزمان، وفيما قبله ولله الحمد.

ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: «وعمل الناس بخلافه فإنهم لا يولون إلا فقيهاً في الجملة»، إلا أن الناس اليوم تسمحوا بالعلم بالقضاء وجعلوه في العامة الذين لا يعرفون من ذلك شيئاً، وإنما أحسن أحوالهم أن يقلدوا من يعتقد مذهب السلف الذين ينتمون إليه ويعتقدون مذهبه، وإذا اختلفت الفتاوى عليهم لم يقدروا على التمييز عنها، فدافعوا بالخصوم حتى يصطلحوا أو يقضوا بينهم بما وافق. هداهم الله عزّ وجلّ وهو المستعان، ومن كان هكذا فهو القاضي الذي توعده رسول الله ﷺ بالنار، فقال في الحديث الصحيح: «القضاة ثلاثة...» الخبر، فجعل الجاهل بمنزلة العالم إذا جار وجعلهما جميعاً من أهل النار، فمن عرف هذا الحديث ثم ولي القضاء مع الجهل فما له حظ في الدين.

وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد فأخطأ فله أجر واحد» فدل على أن طريق الحكم هو الاجتهاد دون التقليد.

وأما العدالة: فما يعتبر في الشاهد يعتبر فيه. وقال الأصم: يجوز أن يكون الفاسق أميراً، لقوله ﷺ: «سيكون بعدي أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها، فصلوها لوقتها، ثم صلوا معهم واجعلوا صلاتكم معهم سبحة».

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦]، ولأنه شرط في الشهادة [١٤٦/ب] ففي القضاء أولى؛ لأنه أقوى منها.

وأما الخبر الذي ذكرنا قلنا: أراد يؤخرون الصلاة عن أول أوقاتها، أو نقول: سماهم أمراء على طريق المجاز.

وأما الكمال: فيحتاج أن يكون كاملاً في الخلق، فأن لا يكون أعمى ولا أخرس ولا أصم؛ لأن فقد هذه الحواس يمنع الحكم بين الخصوم بنفسه ولا يفرق الأعمى بين الطالب والمطلوب. وقال مالك: يجوز قضاء الأعمى كما تجوز شهادته. وقيل: فيه وجه آخر يجوز كما جاز أن يكون نبياً وهو شعيب ويعقوب صلى الله عليهما. وقال ابن سريج: يجوز قضاء الأخرس كما تجوز شهادته إذا كان مفهوم الإشارة.

وأما الأحكام: فهي أن يكون بالغاً، عاقلاً، حراً، ذكراً. وقال ابن جرير: يجوز قضاء المرأة كالرجل. وقال أبو حنيفة: يجوز أن تكون قاضية إلا في الحدود قياساً على شهادتها تقبل في الأموال دون الحدود.

ودليلنا ما روى أبو بكرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأةٍ». وروي: «ولوا أمرهم امرأة» وروي أنه قال: «لن يفلح قوم تملكهم امرأة»(١).

وروت عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ قال: «لا تكون المرأة حكماً تقضي بين العامة»(٢)، ولأن من لا يصح قضاءه في الحدود لا يصح في الأموال كالصبي. فإن قيل: أليس قال عمر رضي الله عنه: لو كان سالم مولى أبي حذيفة حيّاً لما تخالجني في تقليده شك. قيل: كان سالم مولى عتاقة ولم يكن رقيقاً.

فرع

لا يجوز تقليد الخنثى، فإن زال إشكاله وبان رجلاً يجوز أن يكون قاضياً، ولو ولي في حال الجهل بحاله فحكم ثم بان رجلاً، المذهب أنه لا ينفذ حكمه، وقيل: فيه وجهان.

فرع آخر

لو قلدت امرأة القضاء [١٤٧/أ] على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فحكمت، هل للشفعوي نقض حكمها؟ قال الإمام جدي رحمه الله: فيه وجهان: **أحدهما**: ينقض وهو اختيار الأصطخري.

والثاني: لا ينقص لأنه مجتهد فيه.

فرع آخر

لو ردَّ إلى المرأة تقليد قاضٍ لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن تكون مولية وإن ولاها اختيار قاضٍ جاز؛ لأن الاختيار اجتهاد كالفتيا.

فرع آخر

لا يجوز قضاء الكافر للكافر، وقال أبو حنيفة: يجوز كالشهادة. واعلم أن العادة جارية من الأئمة بتقليد زعامةٍ ورياسةٍ لا تقليد حكم وقضاء.

فرع آخر

لا يكتفي فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية، ويعتبر أن يكون صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيداً من السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى وضوح ما أشكل وفصل ما أعضل.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٤٢٥، ٧٠٩٩).

(٢) أورده المتقي الهندي في «كنز العمال» (١٤٩٢١).

فرع آخر

قال أصحابنا: ويستحب مع ما ذكرنا من الشرائط أن يكون حليماً، مثبتاً، ذا فطنة وتيقظ، لا يؤتى من غفلةٍ، ولا يخدع بغرةٍ، عالماً بلغات أهل قضائه، جامعاً للعفاف نزيهاً، بعيداً من الطمع، صدوق اللهجة، ذا رأي ومشورة، وكلامه لين إذا قرب، وهيبة إذا أوعد، ووفاء إذا وعد، وعليه السكينة والوقار.

وقد حكي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه ولى أبا الأسود الدؤلي القضاء ساعة من نهارٍ ثم عزله، فقال: لم عزلتني، فوالله ما خنت ولا خنيت، فقال: بلغني أن كلامك يعلو كلام الخصمين إذا تحاكما إليك.

فرع آخر

لو كان يطرأ عليه في الأحيان جنون نُظر، فإن امتد به حتى يتأخر عن أوقات النظر لم يصح تقليده، وإن قصر زمانه وكان كالساعة نُظر، فإن أثر في زمان إفاقته كفتور حسه، ودهشة عقله لم يصح تقليده، وإن أفاق من ساعته وعاد إلى استقامته هل يجوز تقليده؟ [١٤٧/ب] فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز، لأنه يخرج في زمان ذلك عن حكم التكليف، وتبطل به فروض العبادات.

والثاني: يجوز ويجري مجرى فترات النوم وأوقات الاستراحة.

فرع آخر

لو أغمي عليه لم يؤثر في ولايته؛ لأنه مرض لا تمنع منه النبوة، وفيه وجه بعيد أنه يعزل به وليس بشيء.

فرع آخر

لو طرأ عليه الجنون بعد التقليد بطلت ولايته ولا يعود بالإفاقة. وفيه وجه بعيد لا يبطل؛ لأنه أقوى من الوكالة وليس بشيء.

فرع آخر

لو كان فاسقاً بشيء يختص بالاعتقاد وله فيه شبهة يتأول بها خلاف الحق، هل يجوز تقليده؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز؛ لأنه لما استوى حكم الكفر بتأويل وغير تأويل، كذلك الفسق.

والثاني: يجوز؛ لأنه لما كان تأويل الشبهة في الفروع لا يمنع التقليد فكذلك في الأصول.

فرع آخر

لو طرأ عليه فسق التعاطي بارتكاب المحظورات بطلت ولايته كما تبطل شهادته، وهذا لأن القضاء أحوج إلى العدالة والأمانة لكونه أعظم منزلة وأجل محلاً. وحكي عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه قال: لا تبطل ولايته ولكن يستحق العزل. وقيل: لا يصح هذا عن أبي حنيفة، ذكره أهل العراق. وقيل: إنه وجه لبعض أصحابنا وليس

بشيء. وقيل: الصحيح من مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ أن الإمامة العظمى تبطل بالفسق وهو إجماع. وقال الأصم وبعض أصحاب الحديث: لا ينعزل به ولا يعتد بخلافهم. وقيل: فيه وجه لبعض أصحابنا لا ينعزل ولكنه يجبر أن يعزل نفسه، أو تجتمع طائفة تنعقد بهم الإمامة فيقتلونه ويقلدون آخر للضرورة.

فرع آخر

لو طرأ عليه فسق الاعتقاد هل تبطل ولايته؟ فيه وجهان بناء على صحة التقليد. قال صاحب «الحاوي»[1]: الصحيح أنه لا ينعقد [١٤٨/أ] تقليده؛ لأنه لا يقلد إلا بتعديل كامل، ولا ينعزل إلا بجرحٍ كاملٍ.

فرع آخر

لو كان في عينيه عشاء يبصر نهاراً ولا يبصر ليلاً جاز تقليده القضاء، ولو كان في بصره ضعف فإن كان يرى الأشباح ولا يعرف الصور لم يجز تقليده، وإن كان يعرف الصور إذا قربت ولا يعرفها إذا بعدت جاز تقليده.

فرع آخر

لو طرأ عليه العمى بطلت ولايته خلافاً لمالك. وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز له أن يقضي بالشهادة التي سمعها في سلامة البصر.

فرع آخر

لو طرأ عليه صمم بطلت ولايته، والصمم المانع أن لا يفهم الأصوات وإن علت، فأما ثقيل السمع الذي يفهم عالي الأصوات دون خافتها يصح تقليده، ولكن تقليد السَمّيع أولى منه.

فرع آخر

إذا كان بلسانه تمتمة أو فأفأة أو عقدة صح تقليده؛ لأنه نقص لا يمنع فهم الكلام وإن غمض، وكان في لسان موسى ـ عليه الصلاة والسلام ـ عقدة ولم تمنع رسالته.

فرع آخر

لا يعتبر صحة أعضائه، ويجوز قضاؤه وإن كان مقعداً، ولكن السلامة لذوي الولايات أهيب.

فرع آخر

لو كان لا يقول بخبر الواحد لا يجوز تقليده؛ لأن أكثر أحكام الشرع مأخوذة من

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٥٩).

أخبار الآحاد، وكذلك لا يجوز تقليد من لا يقول بحجة الإجماع.

فرع آخر

لو كان من نفاة القياس فهم ضربان؛ **أحدهما**: من نفى القياس وعمل بظاهر النصوص، وعدل عما لا نص فيه إلا أقاويل سلفهم، وجعلوا ذلك كالنص في العمل بها من غير دليل لا يجوز تقليده لتقليدهم في الأحكام، وتركهم أصلاً من أصول الشرع وهو القياس، وإن كان ممن يعدل عند عدم النصوص إلى فحوى الكلام، ودليل الخطاب، وسلك طريق الاجتهاد، ويعدل عن تعليل النصوص لمعانيها كأهل الظاهر، ففي جواز تقليده وجهان:

أحدهما: لا يجوز [١٤٨/ب] لما ذكرنا.

والثاني: يجوز؛ لأنهم يعتبرون واضح المعاني وإن عدلوا عن خفي القياس.

فرع آخر

هل يشترط في القاضي أن يكون عارفاً بالحساب؟ قال بعض أصحابنا: فيه وجهان، والمذهب أنه لا يشترط.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو عرف رجل مذهب إمامٍ جدا ولم يبلغ مبلغ المجتهدين، هل له أن يفتي على مذهبه؟ وجهان: **أحدهما**: وهوَ اختيار القفال يجوز. **والثاني**: لا يجوز. وأصل الوجهين أن تقليد ذلك المستفتي هل هو لذلك المفتي أم لذلك الميت وهو صاحب المذهب؟ فيه وجهان؛ فإذا قلنا للميت فله أن يفتي، وإن قلنا للمفتي فليس له ذلك.

فرع آخر

هل يجوز تقليد الأمي الذي لا يقرأ ولا يكتب؟ قال بعض أصحابنا: فيه وجهان، والصحيح أنه يجوز؛ لأن النبي ﷺ كان أمياً، ووجه الأول أنه يحتاج أن يكتب أو يقف على ما يكتبه الكاتب، ويفارق الحالة الشريفة من النبي ﷺ؛ لأن ذلك كان من معجزاته، وكان أصحابه عدولاً يأمن خيانتهم.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[١]: يعتبر في جواز ولايته ونفاذ حكمه سبعة شروطٍ؛ **أحدها**: أن يكون كاملاً في نفسه، وكمال نفسه ضربان؛ كمال حكمٍ، وكمال خلقةٍ. فأما كمال الحكم بالبلوغ والعقل؛ لأن التكليف يتعلق بهما. وأما كمال الخلقة فتعتبر سلامته فيها

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٥٤).

في ثلاثة أوصافٍ؛ صحة بصره، وصحة سمعه، وسلامة لسانه. فجملة الأوصاف المعتبرة في كمال نفسه؛ البلوغ، والعقل، والسمع، والبصر، والنطق.

والشرط الثاني: الذكورة.

والثالث: الحرية.

والرابع: الإسلام.

والخامس: العدالة، وهو أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً للمآثم، بعيداً [١٤٩/أ] من الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمرؤة مثله في دينه ودنياه.

والسادس: أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية، وعلمه بها يشتمل على أمرين؛ أن يكون عالماً بما قدمناه من أصولها.

والثاني: أن يكون عالماً بفروعها فيما انعقد عليه إجماع أو حصل فيه اختلاف، فيتبع الإجماع ويجتهد في الاختلاف، ليصير بذلك من أهل الاجتهاد في الدين.

والسابع: أن يكون عالماً بما قدمناه من أصول الشرع الأربعة، فإن كان ممن يعدل في بعضها ويعتقد إبطال شيء منها، فقد ذكرنا الحكم إذا كان لا يقول بخبر الواحد أو الإجماع أو القياس حيث الحكم.

فرع آخر

يشترط في الإمام ما يشترط في القاضي، وزيادة وهي أن يكون قريشياً، ويعرف تدبير الحروب ووجوه المغانم، ومصرف الصدقات، ولا يجوز أن يكون أعور بخلاف القاضي.

مسألة: قَالَ[١]: وَلاَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَحْسِنَ بِغَيْرِ قِيَاسٍ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَجَازَ أَنْ يُشْرِعَ فِي الدِّينِ.

اعلم أنه لا يجوز الحكم بالاستحسان، والاستحسان هو القول بالشيء من غير حجةٍ ودليل، ولكن بغالب الظن والحسن في العقل.

وحكى الشافعي ـ رضي الله عنه ـ عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه أجاز الحكم به، وهذا غلط ظاهر؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] الآية، فجعل الأحسن ما كان مأخوذاً من أوامر الله تعالى ورسوله ﷺ، فإن في الظن والاستحسان اتباع الهوى، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [ص: ٢٦] الآية. وأيضاً فإنه لو كان الاستحسان بالعقل مغنياً عن أحكام الشرع، وعن أصول الشرع، لاستغنى بعقله عن الأمر والنهي وأجمعنا على خلافه. [١٤٩/ب] وأيضاً قال الشافعي ـ رضي الله ـ عنه: لو جاز ذلك لجاز أن يشرع في الدين ومعناه:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).

أن يبعث من جهة نفسه شرعاً غير شرع محمد ﷺ، ولأن القياس حجة شرعية فلا يجوز تركه بالاستحسان؛ لأنه يجوز تخصيص العموم به دون الاستحسان فلا يترك به.

واعلم أن أصحاب أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ اختلفوا في بيان مذهبه، فقال بعضهم: هو العمل بأقوى القياسين، وهذا فيما نوافقه عليه؛ لأنه الأحسن والاستحسان الذي أوجبه أصول الأصول واقترن بها استحسان العقول حجة يتفق عليها يلزم العمل بها.

وقال بعضهم: هو القول بتخصيص العلة كما خصَّ خروج الجص والنورة من علة الربا في البر وإن كان مكيلاً، وهذا أصل نخالفه فيه. وقال بعضهم: هو أن يترك أقوى القياسين بأضعفها إذا كان حسناً.

وقال في شهود الزوايا: القياس أن لا يحد ولكن آخذه استحساناً، وهذا نخالفه فيه؛ لأن أقوى القياسين عندنا أحسن من أضعفهما، ولأن في مسألة شهود الزوايا لا قياس أصلاً ولا خبراً، وأنكر أصحابه ما حكى الشافعي عنه.

فإن قال قائل: قال الشافعي بالاستحسان في مسائل، فإنه قال في المتعة: استحسن بقدر ثلاثين درهماً، وقال في الأذان: وحسن أن يضع إصبعه في أذنه وقال: «وإرسال ابن المسيب عندنا حسن» قلنا: هذا كله استحسان بدليلٍ، وإنما أنكر الشافعي الاستحسان من غير دليلٍ.

فأما تقدير المتعة بثلاثين درهماً فقد رواه عن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ فاستحسنه للأثر فيه، واستحسن التحليف على المصحف تغليظاً لليمين كما غلظت في الموضع الشريف والوقت الشريف، واستحسن في مدة المتعة بثلاثة أيامٍ؛ لأنها مدة مضروبة في خيار الشرط، [١٥٠/أ] وفي مقام المسافر، وفي أكثر مدة المسح مع قوله: ﴿**تمتعوا في داركم ثلاثة أيامٍ**﴾ بعد أن توعدهم بعذاب قريب، فدل أن الثلاث في حد القريب. واستحسن إرسال ابن المسيب؛ لأنه لا يرسل إلا عن صحابي، فصح ما ذكرنا والله أعلم.

واعلم أن الاستحسان بغير دليلٍ ما قاله أبو حنيفة: لو نذر أن يتصدق بماله يلزم أن يتصدق بالمال الذي تجب الزكاة في عينه دون سائر الأموال استحساناً. وقال: استمساح الخف يجوز استحساناً.

مسألة: قَالَ[١]: «وَالْقِيَاسُ قِيَاسَانِ».

الفصل

جملة هذا أن القياس، عندنا حجة شرعية يجب العمل بها والمصير إليها. واختلف أصحابنا في ترتيب أنواع القياس، فمنهم من قال: القياس على ثلاثة أضرب؛ جلي،

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).

وواضح، وخفي. ومنهم من قال على أربعة أضرب، والرابع قياس علة الشبة. والجلي على أضربٍ منها: التنبيه.

والثاني: ما ثبت معناه في الأصل بالإجماع مثل قياس العمياء على العوراء في الأضحية.

والثالث: ما ثبت معناه في الأصل بالنص، مثل قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ إلى قوله: ﴿وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢٠، ٢١]، فجعل العلة فيه الإفضاء، فإذا كان المهر أقل من القنطار أو أكثر لا يجوز لها أخذه إذا وجد الإفضاء. ومن جملة هذا قياس سائر الزناة على ماعز بن مالك، وسائر المفطرين بالجماع على الأعرابي المجامع، وسائر المستحاضات على فاطمة بنت أبي حبيش، وتخيير المعتقات على بريرة، وقياس الأمة على العبد إذا أعتق شركاً منها [١٥٠/ب] وغير ذلك، فإن المعاني التي حكم النبي ﷺ فيهم لها بمنزلة المنصوص عليه، وذكر تلك المعاني يدل على أنها العلة.

والرابع: ما ثبت معناه بالتأثير، فيدل ذلك على تعلقه به، وهو مثل علة تحريم الخمر؛ فلأن العصير حلال إذا وجدت الشدة المطربة حُرم، فإذا زالت الشدة حل، فلو قدرنا عود الشدة قدرنا عود التحريم، فيدل ذلك على أن التحريم تابع للشدة المطربة. ومن أصحابنا من قال: هذه العلة ثابتة بالنص بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ﴾ [المائدة: ٩١] الآية، فأخبر عن النهي لما فيه من الصد عن الصلاة، وعن الذكر، وهذا يتعلق بما فيه من الشدة المطربة.

والصحيح أن يقال: هذه العلة ثابتة بالنص والتأثير معاً ولا يمنع مثل ذلك، ومن جملة ذلك قياس العبد على الأمة في تضعيف الحد للرق، وهذا المعنى قد ثبت بالتأثير؛ لأنا وجدنا الأمة إذا زنت كان حدها ناقصاً، وإذا عتقت ثم زنت كان حدها كاملاً، ولو كانت كتابية فلحقت بدار الحرب بعد الحرية ثم استرقت كان حدها ناقصاً، فثبت أن نقصان الحد يتعلق بالرق، وقد وجد هذا المعنى في العبد وكان حده ناقصاً. فهذا الذي ذكرنا كله أقسام القياس الجلي، وبعضها أجلى من بعض، وهو مراد الشافعي ـ رضي الله ـ عنه بقوله: «أن يكون في معنى الأصل، وإذا حكم الحاكم بخلاف هذا وجب أن ينقض ويخص بكلها العموم». وعلى قول ابن أبي هريرة تفسخ كلها.

وأما القياس الواضح: فهو القياس في الأحكام [١٥١/أ] بالعلل المستنبطة، مثل علة الربا وغيره؛ لأن يحتمل الصحة في هذا القياس ويحتمل غيره، فلا ينتقض به الحكم؛ لأنه لا يجوز نقض الحكم بالمحتمل.

وذكر ابن أبي أحمد: أن قياس الأرز على الحنطة في الربا من النوع الأول، فينقض به الحكم. وقال القاضي الطبري: هذا أيضاً ما ثبت معناه بالتأثير، ولكنه أخفى مما تقدم، وذلك أنَّا نقول: إن العلة في الأربعة المنصوصة الطعم، وقيل: الكيل، وقيل:

القوت، ونحن نقول: وجدنا أنه إذا بذر الحنطة فصار حشيشاً لا ربا فيه، فإذا انعقد حباً جرى الربا فيه، فإذا أُحرق وصار رماداً لا ربا فيه، فالتأثير للطعم، فكان هو العلة. وقد روي أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثلٍ» فذكر الطعام فيه يدل على تعلقه به؛ لأن ذكر الصفة في الحكم تعليلاً له به في مقتضى اللغة.

ومن أصحابنا من قال: هذا أيضاً من جملة الجلي، ولكن ما تقدم أجلى من هذا. وقيل: النوع الأول هو القياس الواضح، ذكره أبو إسحاق، والعبارة صحيحة لما ذكرناه.

وأما القياس الخفي: فهو قياس علة الشبه، وقد ذكرنا شرحه. وقيل: صورته أن تتردد الحادثة بين أصلين، وكان الحكم ثابتاً في أحد الأصلين بعلةٍ ذات خمسة أوصافٍ، وفي الأصل الآخر بعلة ذات خمسة أوصافٍ، والحادثة تشبه أحد الأصلين بأربعة أوصافٍ وتشبه الأخرى بثلاثة أوصافٍ، فإلحاقها بأكثرهما شبهاً أولى، فهذه طريقة القائل الأول أن القياس على ثلاثة أضربٍ.

فأما من قال القياس على أربعة أضرب فإنه يقول: الجلي هو الأول من الأقسام [١٥١/ب] التي ذكرناها وهو التنبيه. والواضح باقي الأقسام من القياس الجلي. والخفي هو القياس في الأحكام. والرابع قياس علة الشبه، وهذه الطريقة أصح؛ لأن الأول هو الجلي في الحقيقة يقع لكل أحدٍ معناه، والواضح يجوز أن يرد الشرع بخلاف معناه، ولا خلاف في نقض الحكم بهما على ما ذكرنا، وإنما الخلاف في التسمية. وقال بعض أصحابنا بخراسان: القياس قياسان.

أحدهما: جلي ويسمى قياساً في معنى الأصل، وهو أن يكون للفرع والأصل واحد يشبهه، ولا عذر في ترك إلحاقه به.

والثاني: قياس خفي، وهو أن يتردد الفرع بين أصلين، فيشبه هذا من وجه وهذا من وجهٍ، فإن أشبه أحدهما بمعنى يخل الحكم فيجوز أن يكون علة لذلك الحكم، غير أنه يشبه أصلاً في وصفٍ وأصلاً في وصفين، فأكثر فإلحاقه بأكثرها شبهاً به أولى، مثل الأخ تردد بين أن يكون كالأب وبين أن يكون كابن العم، وهو يشبه الأب من وجهٍ، وهو أنه محرم بالقرابة، ويشبه ابن العم لوجوهٍ كثيرة من قبول الشهادة، وسقوط النفقة عند اختلاف الدين بالاتفاق، وجريان القصاص من الطرفين بينهما، وجريان حد القذف، وحل حليلة أحدهما لصاحبه بإلحاقه بابن العم حتى لا يعتق عليه إذا ملكه أولى. واعلم أن كثرة الشبه القوي أحد جانبي القياس إذا لم يكن إثبات الحكم بكل واحدٍ من الأوصاف، فأما إذا لم يقم الحكم إلا بجموع أوصافٍ حتى يرد بها إلى أصلٍ ويرد إلى أصلٍ آخر بوصف واحدٍ، فإن كان ذلك الوصف من جملة هذه الأوصاف فتعلق الحكم بالوصف [١٥٢/أ] الواحد أولى، وإن كان وصفاً آخر سوى الأوصاف المجموعة فيما سواه، مثل علة الطعم في الربا أولى من علة القوت؛ لأنه ما من قوتٍ إلا وهو طعام، وكان من علل به علل بالطعام وزيادة وعلة الطعم والكيل يستويان فتقدم

أحدهما على الآخر بالترجيح، وليس أحدهما داخلاً في جملة الآخر.

وكذلك إذا كان الأصل المردود إليه واحداً غير أن القايسين ترد الفرع إليه بوصف الآخر يرد إليه بذلك الوصف وبغيره من الأوصاف التي يضمها إليه، فالوصف الواحد أولى. وقول الشافعي(١): «فَمَوْضِعُ الصَّوَابِ فِي ذَلِكَ عِنْدَنَا أَنْ يَنْظُرَ فَإِنْ أَشْبَهَهُ أَحَدُهُمَا فِي خَصْلَتَيْنِ وَالآخَرُ في خَصْلَةٍ أَلْحَقَهُ بِالَّذِي أَشْبَهَهُ فِي خَصْلَتَيْنِ» أو إذا كان كل خصلة علة مستقلة بنفسها مستغنية عن صاحبتها، كما ذكرنا في قياس الأخ على ابن العم في مسألة العتق عليه بالملك.

وقال في «الحاوي»(٢): قول الشافعي: القياس قياسان ظاهره أنه أراد بالقياس الأول المعنى وبالثاني قياس الشبه، وقيل: أراد بالأول ما لا يجوز خلافه وهو القياس الجلي من قياس المعنى وقياس التحقيق من قياس الشبه؛ لأن خلافهما لا يجوز، وأراد بالقياس الثاني ما لا يجوز فيه الاختلاف، وهو القياس الخفي من قياس المعنى، أو قياس التقريب من قياس الشبه.

مسألة: قَالَ(٣): «قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ - فِي دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ - عَلَيهما الصلاة والسلام: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٩] قَالَ الْحَسَنُ: لَوْلاَ هَذِهِ الآيَةُ لَرَأَيْتُ أَنَّ الحُكَّامَ قَدْ هَلَكُوا.

الفصل

قصد الشافعي بهذا بيان مذهبه في ثلاثة أحكام:

أحدها: أن عليه أن يتوصل بالاجتهاد إلى طلبِ العين وإصابة الحق في الحادثة.

والثاني: أن الحق في أحد أقاويل المجتهدين في الجملة معذور، سواء أصاب [١٥٢/ب] أو أخطأ على ما ذكرنا، وأنه مأجور وإن أخطأ ولكن أجره أقل، وقد تقدم ما قيل فيه فلا إعادة(٤).

فإن قيل: كيف استجاز أن يحكمك في حادثةٍ بقولين مختلفين وثلاثة أقوال وأكثر، وهو يرى ما قلتم، وحكمه بالقولين خطأ من أربعة أوجهٍ:

أحدها: أنه خالف بذلك أصول مذهبه في الاجتهاد؛ لأن العمل يمنع من وجوب طلب العين، ويجعل الحق في جميع الأقاويل؛ ويجعل كل مجتهد مصيباً وكفى بهذا التناقض فساداً.

والثاني: ابتدع بهذا طريقة حَرَّف بها إجماع من تقدم من الصحابة وغيرهم إلى زمانه، فإنهم كانوا يذكرون جواباً يستقر لهم أو يتوقفون، ولم يجب أحد منهم بقولين؛ لأن الجواب ما أبان، وليس في القولين بيان.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٦٦).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).
(٤) هكذا بالأصل، ولم يرد الثالث كما في الحاوي (١٦/ ١٦٧).

والثالث: التناقض، فالحلال ليس بحرامٍ، والحرام ليس بحلالٍ، وهو بالقولين حلل في أحدهما وحرمه في الآخر.

والرابع: أنه إن كان ذلك لضعف اجتهاده أو لرأيه في تكافىء الأدلة فهو نقص، ولا يجوز أن يكون مع تكافؤ الأدلة أن يكون له فيها حكم، ولا يقول الأكثرون بتكافؤ الأدلة.

قلنا: ما ذكره الشافعي وضع من القولين ينقسم عشرة أقسام:

أحدها: أن يقيد جوابه في موضع ويطلقه في موضع آخر، مثل قوله في أقل الحيض أنه يوم وليلة. وقال في موضع آخر: أقل الحيض يوم، وأراد به مع ليلته وهو معهود في كلام العرب. وجاء القرآن العظيم بحمل المطلق على ما قَيّدَ من جنسه كما في العدالة، قال الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولم يذكر العدالة.

وقال في موضع آخر: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وحمل ذلك المطلق على هذا المقيد، فلا اعتراض فيه عليه، وإن وهم بعض أصحابه فخرجه قولاً ثانياً فلا يؤاخذ بوهمه الشافعي.

والثاني: ما اختلفت فيه ألفاظه [١٥٣/أ] ومعانيها متفقة، مثل قوله في المظاهر: وإذا منع من الجماع أحببت أن يمنع القبلة، وقال في «القديم»: رأيت أن يمنع، فأراد الاستحباب، فإن حمله بعض أصحابنا على قولين كان لاختلافهم في تأويل لفظه؛ لأن قوله: رأيت، يحتمل أن يُحمل على الاستحباب والإيجاب، ولا يمتنع وجود مثله في كتاب الله تعالى، فلم يتوجه به على الشافعي اعتراض.

والثالث: ما اختلف فيه قوله لاختلاف حاله، كالصداق إذا ذكر في السر قدراً وذكر في العلانية أكثر. قال في موضعٍ: الصداق صداق السر، وقال في موضعٍ: الصداق صداق العلانية، وليس ذلك لاختلاف القولين فيه، بل لاختلاف حال الصداق، فإن اقترن بصداق السر عقد فهو المستحق وصداق العلانية يهمل. وإن اقتران بصداق العلانية عقد فهو المستحق وكان صداق السر موعداً، وقد أبان ذلك بما قرره من أصول مذهبه.

والرابع: ما اختلف قوليه فيه لاختلاف القراءة ولاختلاف الرواية، فالقراءة كقوله تعالى: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [المائدة: ٦]، فلمستم يوجب الوضوء على اللامس دون الملموس، ولامستم يوجب الوضوء على اللامس والملموس. واختلاف الرواية كالمروي في بيان المواقيت أنه ﷺ صلّى العشاء الآخرة في الوقت الثاني حين ذهب من الليل نصفه، وروي ثلثه. فمن أجل اختلاف القراءة واختلاف الرواية اختلف قوله. ومثل هذا لا يتوجه عليه إنكار فيه؛ لأن اختلاف الدليل يوجب اختلاف المدلول.

والخامس: ما اختلف فيه؛ لأنه عمل في أحد القولين على ظاهرٍ من كتاب الله تعالى، ثم بلغته سنة ثابتة نقله عن الظاهر إلى قولٍ آخر، كقوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فأوجب صيامها في أيام التشريق؛ لأنها الظاهر [١٥٣/ب] من

أيام الحج، ثم روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن صيامها، فعدل بها عما عمل به من ظاهر الكتاب، وأوجب صيامها بعد إحرامه وقبل عرفة اتباعاً للسنة، ولا إنكار عليه في العدول بدليلٍ.

والسادس: ما اختلف قوليه فيه؛ لأنه أدى اجتهاده إلى أحدهما في حالٍ، ثم أدى اجتهاده إلى القول الآخر في حالٍ أخرى، ومثل هذا لا ينكر وقد فعله الصدر الأول، فإن عمر ـ رضي الله عنه ـ شرك في المسألة المشتركة بين الأخ من الأب والأم وبين الأخ من الأم في الثلث وأسقط الأخ من الأب والأم في حالٍ أخرى، وقال: هذه على ما قضينا، وهذه على ما قضينا، وحرَّم عليٌّ ـ رضي الله عنه ـ بيع أم الولد ثم رجع إلى جوازه.

وقد اختلفت روايات أبى حنفيّة ويسميها أصحابه روايات، وسمى أصحاب الشافعي أقاويل، وهي طريقة لم يبتدعها الشافعي، وهي أدل على الورع، وأبعثُ على الاجتهاد.

والسابع: أن تبلغه سنة لم تثبت عنده وقد عمل بالقياس، فيجعل قوله من بعد موقوفاً على ثبوت السنة كما في الصيام عن الميت، والغسل عن غسل الميت، وقال: إن صح الحديث قلت به، وقال: كل قول قلته فثبت عن النبي ﷺ خلافه فأنا أول راجع عنه، وهذا مما يجب عليه أن يظهره، وأن يقف الحكم على السنة إن يثبت وعلى القياس إن لم يثبت.

والثامن: أن يقصد بذكر القولين إبطال ما توسطهما، فيكون مذهبه منهما ما فرَّع عليه وحكم به، مثل قوله في وضع الجوائح وقد قدرها مالك بوضع الثلث: ليس إلا واحد من قولين، إما أن يوضع كلها أو لا يوضع شيء، وهذا تحقيق يبطل ما خالف القولين.

والتاسع: أن يذكر القولين إبطالاً لما عداهما، ويكون مذهبه موقوفاً [١٥٤/أ] على ما يؤدي اجتهاده إليه من صحة أحدهما، وإن لم يكن فهماً، ومثل هذا جاء به الشرع والعقل.

أما الشرع: قال رسول الله ﷺ في ليلة القدر: «التمسوها في العشر الأواخر» فنفى أن تكون في غير شهر رمضان، وفي غير العشر الأواخر منه، وجعلها موقوفةً على الاجتهاد في العشر الأواخر.

وأما العقل: فما فعله عمر ـ رضي الله عنه ـ في أهل الشورى جعلها في ستة نفرٍ، فنفى بهم طلب الإمامة في غيرهم، ووقف الإمامة فيهم على من يؤدي اجتهادهم إليه منهم، وهذا عمل انعقد به إجماعهم.

والعاشر: أن يذكر القولين ليدل على أن لكل واحدٍ منهما في الاجتهاد وجهاً، ولا يقطع بأحدهما لاحتمال الأدلة، ولا يعمل بهما لاختلاف الحكم، ويفرع كل واحدٍ منهما إن صح، وليس ينكر من العلماء التوقف عند الاشتباه، ولهذا توقف رسول الله ﷺ

في أشياء حتى ينزل الوحي عليه. وقال ﷺ: «المؤمن وقاف والمنافق وثاب»، ويكون مقصود الشافعي بذكر القولين أمرين: **أحدهما**: إبطال ما عداهما أن يكون له الاجتهاد وجه.

والثاني: إثبات أن لكل واحدٍ منهما في الاجتهاد وجهاً، وليس يجيب بهما إذا استفتي فيخير السائل بينهما، بل يجتهد رأيه في الجواب بأحدهما، ولا يعتقد صحتهما لجواز أن يكون كل واحدٍ منهما هو الأصح وإن لم يقطع في الحال بالأصح، وهذا إنما قاله في عدد من المسائل، قيل: إنها سبعة عشر مسألة، وفي هذا كله انفصال عن اعتراضهم.

ثم ذكر الشافعي ـ رضي الله عنه ـ خبراً وهو قوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجرٌ. . .» الخبر بتمامه.

وقد روى أحمد بن حنبل ـ رحمه الله تعالى ـ عن فرج بن فضالة، عن محمد بن عبد الأعلى، عن أبيه، [١٥٤/ب] عن عبد الله بن عمرو بن العاص، عن أبيه ـ رضي الله عنهما ـ قال: اختصم إلى النبي ﷺ رجلان وأنا جالسٌ، فقال: «يا عمرو أقض بينهما» قلت: يا رسول الله، وأنت شاهد، قال: «نعم» قلت: على ماذا؟ قال: «على أنك إن أصبت فلك عشر حسناتٍ، وإن اجتهدت فأخطأت فلك حسنة واحدة»[١]، فاختلف أجر المصيب في الخبرين، فجعل للمصيب في الأول أجرين، وجعل له في الثاني عشرة، وفي هذا الاختلاف تأويلان:

أحدهما: أنه جعل له أجرين إذا وصل إلى الصواب بأول اجتهاده، وجعل له عشراً إذا وصل إليه بتكرار الاجتهاد، وليكن أجره بحسب قلة اجتهاده وكثرته.

والتأويل الثاني: أخبر بالعشرة لمضاعفة الحسنة بعشر أمثالها، وأخبر في الخبر الآخر بأجرين من غير مضاعفةٍ؛ لأن في الأصل أجر وفي المضاعفة عشر.

مسألة: قَالَ[٢]: «مَنْ اجْتَهَدَ مِنَ الحُكَّامِ فَقَضَى بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ رَأَى أَنَّ اجْتِهَادِهِ خَطَأٌ».

الفصل

جملة هذا أن الحاكم إذا حكم في شيء باجتهاده ينظر، فإن كان ما لا يسوغ فيه الاجتهاد، بأن حكم بشيء يخالف نص الكتاب أو نص السنة أو الإجماع، أو القياس الذي لا يحتمل إلا معنى ينقض الحكم على نفسه سواء ترافع إليه الخصمان أو لم يترافعا، ولا ينقض عليه إلا بعد الترافع إليه، وهذا لقوله ﷺ: «ردوا الجهالات إلى السنن».

وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كتب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: لا

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٢٠٥)، والحاكم (٣/ ٥٧٧)، والدارقطني (٤/ ٢٠٣)، والطبراني في «الصغير» (١/ ٥١).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).

يمنعك قضاء قضيت اليوم ثم راجعت رأيك فهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق لا يبطله شيء، وأن الرجوع إلى الحق أولى من التمادي في الباطل.

وروي أن عمر ـ رضي الله عنه ـ كان يفاضل بين الأصابع حتى رُوي أن الخبر بخلافه [١٥٥/أ] فرجع عن قوله الأول ونقض حكم نفسه.

ونقض عمر بن عبد العزيز ـ رضي الله عنه ـ حكم نفسه حين قضى على مخلد بن خفافٍ برد العيب مع غلته وأخبر عروة عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ: «قضى أن الخراج بالضمان» فأمر برد الغلة إلى مخلد بن خفاف. وروي أن شريحاً قضى في امرأة ماتت وخلفت زوجاً وابني عم أحدهما أخ لأم، أن للأخ النصف والباقي لابن العم الذي هو أخ لأمٍ، وأجراهما مجرى الأخوين أحدهما لأبٍ، والآخر لأبٍ وأمٍ، فأخبر علي بن أبي طالبٍ ـ رضي الله عنه ـ بذلك فقال: عليَّ بالعبد الأبطر ـ يعني الغليظ الشفة ـ فأتي به، فقال: بما قضيت؟ فقال: بكتاب الله تعالى. قال: وأين قال الله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥]، فقال: هل في كتاب الله أن للزوج النصف والباقي للأخ الذي هو ابن عمٍ؟ قال: لا ينقض عليه حكمه.

فإن قيل: هذه المسألة مجتهد فيها ولا نص يخالفه، فلماذا نقضه؟ قلنا: إنما نقضه لأنه خالف فيه ظاهر النص، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]. وقيل: إنه لم ينقض عليه حكمه، وإنما رده عليه قبل نفوذ حكمه به. فإن قيل: أليس قلتم إذا اتفق الخطأ في القبلة لا يلزمه إعادة الصلاة في أحد القولين فما الفرق؟ قيل: الفرق من ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: أن فرض القبلة يسقط في حال العذر مع العلم بها في حال ولا يجوز ترك الحق إلى غيره في الحكم مع العلم بحاله.

والثاني: الصلاة من حقوق الله تعالى، وهي مبنية على المسامحة، والقضاء يقع في حقوق الآدميين وهي مبنية على المشاحة والمضايقة.

والثالث: في القبلة يتكرر الاشتباه [١٥٥/ب] فيشق القضاء، وهنا إذا بان الخطأ بالنص لا يعود الاشتباه بعد ذلك.

وإن كان الخطأ مما يسوغ فيه الاجتهاد لا ينقض الحكم فيه على نفسه ولا على غيره، ولكن في المستقبل ليس له أن ينقض بالقضاء الأول؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه إن كان لا يشرك بين الأخ للأب والأم ثم شرّك وقال ذلك، وهذا على ما قضينا. وذكر بعض أصحابنا بخراسان: أنه لما قيل له: هب أن أبانا كان حماراً نقض القضاء، وهذا غلط.

وروي أن عمر رضي الله عنه قضى في الحد بسبعين قضية، وقيل: بمائة قضية مختلفة، يعني في مسائله، إذ لا يتصور لمسألة واحدة مائة قضية. وكان لا ينقض الأول

بالآخر؛ لأنه تبين ذلك اجتهاداً، ولأنه يحتمل أن يكون مصيباً في الأول مخطئاً في الثاني. ويحتمل أن يكون مخطئاً في الأول مصيباً في الثاني، والحكم الأول قد نفذ على السلامة ظاهراً، فلا ينقض بأمرٍ محتمل، ولأنه لو نقض الاجتهاد بمثله أدى إلى أنه لا يثبت حكم أصلاً، لأنه يجوز أن يتغير اجتهاده بعد ذلك إلى الحكم الأول ثم يتغير عنه، وفي نقض ذلك مشقة عظيمة للتكرار.

وإن تغير اجتهاده قبل الحكم لم يحكم بالأول بل يحكم بالثاني؛ لأنه يعتقده خطأ، ولو حكم به لكان حكماً بما يعتقد أنه خطأ، وهذا لا يجوز، ويفارق هذا إذا كان قد حكم؛ لأن هناك بعد الحكم على السلامة في الظاهر فلا ينقض بأمرٍ محتملٍ، وهنا لم ينفذ الحكم، وهذا كما لو فسق الشهود قبل الحكم، ولو فسقوا بعد الحكم لم ينقض الحكم. [١٥٦/أ] وحكي عن أبي حنيفة ومالك ـ رحمهما الله تعالى ـ أنهما قالا: إن خالف معنى نص الكتاب أو السنة أو القياس الجلي أو الخفي لم ينقض حكمه، وإن خالف إجماعاً نقض حكمه. وهذا قول مستبعد ولكنه محكي عنهما وناقصاً في ذلك؛ لأن مالكاً قال: إن حكم بالشفعة للجار نقض حكمه، وقال أبو حنيفة: وإن حكم بالقرعة بين العبيد والإماء في الإعتاق نقض حكمه. وإن حكم بجواز بيع لحم متروك التسمية عمداً عند الذبيحة نقض حكمه. وكذلك إن حكم في القسامة بيمين المدعي ينقض حكمه.

وقال محمد بن الحسن: لو حكم بالشاهد واليمين ينقض حكمه. وهذه الأحكام لا تخالف الإجماع، والذي عنهما خطأ ظاهر؛ لأنه إذا نقض الحكم بمخالفة الإجماع فنقضه بمخالفة نص الكتاب والسنة أولى.

وقال القفال: عدّ أبو حنيفة مسائل وذكر أنه ينقض الحكم فيها، حكم من قال أكثر اللعان يقوم مقام الكل، وأن زوج الأمة لا يلاعن لنفي الولد، وأن لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف. وأن من تزوج بأمةٍ ووطئها مع العلم بتحريمها لا يحد، فإن النكاح بغير ولي جائز، والحكم بشهادة الفاسق، والحكم بجواز بيع أم الولد، والحكم بأن لا تقبل شهادة القاذف بعد التوبة؛ لأن الخطأ ظهر في هذه المسائل بدليلٍ قاطع. ونص الشافعي على نقض الحكم في مسألةٍ واحدة، وهي أن المرأة إذا فقدت زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً، ثم تزوجت وقضى القاضي بصحته نقض حكمه.

ومن أصحابنا من قال: لا ينقض حكمه في شيء من هذه المسائل؛ لأن الخطأ ظهر منها بقياس الشبه، وهذا هو الصحيح. [١٥٦/ب] والنص في مسألة المفقود غريب، ولعله ذكره تغليظاً للقول فيه لا اعتقاداً.

مسألة: قَالَ[١]: «وَلَيْسَ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَتَعَقَّبَ حُكْمَ مَنْ قَبْلِهِ».

---

(١) انظر الأم (٥/٢٤٢).

الفصل

علم أنه لا يجوز للحاكم أن يتعقب حكم من قبله من الحكام، ويتفحص عنه؛ لأن الظاهر من فعله الصحة والسلامة لما ثبتت ثقتهم وأمانتهم، فلا يجوز تتبع ذلك، ولأنه لا يحتاج إليه حتى يتظلم منه ويطالب بالنظر فيه، فلا يجوز أن يشتغل بما لا حاجة إليه، ولأنه يشتغل بماضٍ لم يلزمه عن مستقبلٍ يجب عليه، ولأنه تتبع غير متوجه عليه مثله.

وقال في «الحاوي»[1]: لا يجب عليه هذا من غير متظلم، وهل يجوز إن لم يجب عليه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: ما ذكرنا وهو قول جمهور البصريين.

والثاني: ذكره أبو حامدٍ، يجوز لما فيه من فضل الاحتياط.

فإن ثبتت فيها نظر، فإن وجد فيها خللاً فإن كان يتعلق بحق الله تعالى كالطلاق والعتاق، ووجب نقضه وجب عليه نقضه؛ لأن النظر في حقوق الله تعالى من غير مطالبة أحدٍ، وإن كان يتعلق بحق الآدمي لا ينقضه إلا بمطالبة؛ لأن الحاكم لا يستوفي لمن لا ولاية له عليه بغير مطالبةٍ.

ولو تظلم متظلم وادعى على القاضي وسأل إحضاره لم يحضره بمجرد قوله حتى يسأله ما بينك وبينه؛ لأنه ربما يقصد ابتذاله من غير أن يكون له حق، وإن قال بيني وبينه حكومة سأله عن ذلك، فإن ادعى عليه حقاً من حقوقٍ، مثل أن يقول: لي عليه دين من قرضٍ أو بيع أو غير ذلك أحضره وحكم بينهما؛ لأن القاضي والعامي في هذه الحقوق سواء.

وإن قال: ارتشى مني على الحكم وقال: لا أحكم لك إلا أن تعطيني مالاً، فأخذ مني مالاً وحكم لي وجعل المال [١٥٧/أ] معلوماً. فهو بمنزلة قوله: غصبني على مالٍ؛ لأن الارتشاء حرام كالغصب، فيحضره ويحكم بينهما باليمين والبينة.

وإن قال: قضى عليَّ بشهادة فاسقين أو عبدين، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحضره إلا بعد أن يقيم البينة على ما يقول ثم يحضره؛ لأن الظاهر من حكمه نفوذه على الصحة فلم يجز أن يعدل فيها عن الظاهر إلا ببينةٍ، ولأن القضاء يكون ظاهراً فلا يتعذر إقامة البينة به ويفارق الارتشاء وغيره؛ لأن ذلك يكون باطناً فيتعذر إقامة البينة.

والثاني: يحضره من غير مطالبة الخصم بالبينة؛ لأنه ربما يتعذر إقامة البينة على ذلك، وربما إذا أحضره أقرّ به فيلزمه إقراره، وهذا هو الصحيح.

وقال بعض أصحابنا: فيه وجه ثالث أنه إن اقترن بدعواه أمارة تدل على صحتها من كتاب تضمنه أو محضرٍ ظاهر أحضره، وإن جردت الدعوى عن أمارة لم يحضره، فإذا قلنا لا يحتاج إلى بينة فأحضره، أو قلنا: لا بد من بينة فأقامها وأحضره، سأله عما

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٧٥).

يدعيه عليه، فإن أقرّ أنه قضى بشهادة فاسقين أو عبدين ألزمه الحق؛ لأنه أقرّ أنه قضى عليه بغير حق، وإن أنكر ذلك فالقول قوله، وهل يحنث؟

قال الإصطخري وابن أبي أحمد: لا يحلف؛ لأن الحاكم لا يكون إلا أميناً عفيفاً من أهل الاجتهاد، فالظاهر من فعله الصحة والصواب، ولأنه يؤدي إلى الامتهان، والسائل وأعداء القاضي كثير، ولا يؤمن أن يتقلدا القضاء خوفاً من هذه. وقال أصحابنا: يحلف وهو الصحيح؛ لأن أكثر ما فيه أنه أمين، والأمين إذا ادعى عليه خيانة فالقول قوله مع اليمين كالمودع.

فرع

قال ابن أبي أحمد: إذا ادعى على الحاكم المعزول [١٥٧/ب] أنه قتل ابنه ظلماً يحضر ويُسأل، فإن اعترف به ثبت عليه ما ادعاه، وإن أنكره كان على المدعي البينة، فإن أقامها على إقراره أنه قتله ظلماً قُبلت، وإن لم يكن له بينة لم يحلف.

وإن قال: قتلت ابنك لفلانٍ بالحكم لقصاص وجب عليه ببينةٍ قامت عليه بالقتل، أو إقرارٍ كان من ابنك، فقال المدعي: ما أقرّ ابني ولا قامت عليه بينة بالقتل، فالقول قول المعزول في ذلك، وهو مصدق ولا يمين عليه، ولا يسمع من المدعي بينة إلا أن يقيم بينة على إقراره على ما ذكرنا. وكذلك لو حضر الذي ذكر المعزول أنه حكم له بالقصاص، فقال: ما حكمت لي بشيء، ولا وجب لي على ابنه قصاص، ولا ترافعنا إليك في الخصومة.

وكذلك القاضي إذا حكم بشهادة شاهدين بطلاقٍ أو قتلٍ أو عتاقٍ، فادعى المحكوم عليه على الشاهد أنه شهد عليه في ذلك بزورٍ، فإن أقرّ الشاهد أخذ بإقراره وإن أنكر لم يكن عليه يمين.

وقال صاحب «الإفصاح»: ويتهيأ أن يقال: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن الظاهر من حاله السلامة، فدعواه عليه طعن فيه، ولهذا لا يحلفه على دعواه هذه، فإذا لم يحلفه لم تسمع الدعوى، ويجيء فيه الوجه الآخر الذي ذكرنا أنه يحلف.

فرع آخر

قال: ولو قال المدعي: أخرج عقاراً أو عيناً من يدي ودفعها إلى فلانٍ بغير حق، فقال المعزول: فعلت هذا بحق وجب عليك ببينةٍ أو إقرارٍ، كان القول قول المعزول بلا يمين.

وأما الذي في يده فإن صدق القاضي أنه حكم له بذلك لم يقبل قوله ولا قول المعزول له إلا أن يقيم البينة أن المعزول كان حكم له بذلك وهو قاضٍ؛ لأن قول المعزول بعد عزله: كنت حكمت لفلانٍ بكذا لا يقبل إلا أن يأتي المحكوم له ببينةٍ، [١٥٨/أ] فإن لم يكن له بينة انتزع من يده ولو كان الذي يدعيه الطالب مستهلكاً فحكمه حكم العين على ما قدمناه. وحكى الخصاف عن أبي حنيفة أن القول قول المدعى

عليه، وهذا غلط؛ لأنه مُقر بأنه أخذ منه عيناً وأتلفها وذلك يوجب الضمان، ودعواه الحكم بها لا يقبل، كما لا يقبل في العين الناقصة.

مسألة: قَالَ(١): «وَإِذَا تَحَاكَمَ إِلَيْهِ أَعْجَمِيٌّ لاَ يَعْرِفُ لِسَانَهُ لَمْ تُقْبَلِ التَّرْجَمَةُ عَنْهُ إِلاَّ بِعَدْلَيْنِ».

اعلم أنه لا بد عندنا من ترجمانين عدلين سواء ترجما الدعوى أو الإقرار أو الإنكار أو الشهادة، ثم لا يحتاج في كل شاهدٍ إلى ترجمانين، إذ ليس هذا شهادة الفرع، وينبغي أن يعرفا ذلك اللسان لا يشكان فيه، فإن شكا لم يقبل ذلك عنهما، نص عليه في «الأم» وقال: يقبل فيه ما يقبل في الشهادة، ويرد فيه ما يرد في الشهادة.

قال أصحابنا: ولا يقبل لظاهر هذا الكلام إلا أن يشهد بلفظ الشهادة، ولا تقبل الترجمة من الصبي والعبد والمرأة، وهذا لأن الترجمة قول من غير جهة المحكوم عليه يتعلق به حكم الحاكم، فوجب أن يعتبر فيه الأوصاف التي ذكرناها كالشهادة. وقال بعض أصحابنا: إن كان هذا في المال قُبل فيه شاهدان، وشاهد وامرأتان كما يقبل في الإقرار بالمال، وإن كان فيهما لا يقبل إلا رجلان لم يقبل في الترجمة إلا رجلان، وإن كان في الزنا يحتمل قولين؛ **أحدهما**: لا يقبل أقل من أربعةٍ. **والثاني**: يقبل شاهدان، وأصلهما الشهادة على الإقرار بالزنا هل يعتبر أربعة أم يكفي اثنان؟ فيه قولان، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة، يكفي ترجمان واحد كما في الخبر لا يعتبر العدد، وهذا لا يصح لما ذكرنا. وقال في «الحاوي»(٢): [١٥٨/أ] ومن أصحابنا من قال: لا يفتقر إلى لفظ الشهادة، وهذا غلط؛ لأنه لما افتقر إلى العدد والشهادة وجب أن يفتقر إلى لفظها.

وقال في «الحاوي»: لو كانا أعجمين فهل للمترجمين عن أحدهما أن يترجما عن الآخر؟ فيه وجهان مخرجان من الوجهين في الشهادة إذا تحملا عن أحد شاهدي الأصل هل يتحملان عن الشاهد الآخر أم لا؟.

فرع

ترجمة ما قال القاضي للخصم الأعجمي خبر محض يجوز من الواحد وإن كان عبداً؛ لأن الشهادة لا تكون إلا عند الحكام الملزمين.

فرع آخر

لا يجوز أن يكون بين العجمي وبين المترجمين واسطة لفرق الشافعي بعرفان لسانه.

فرع آخر

قال القفال: إذا كان القاضي أصم لا بد من المستمع ويعتبر العدد في السمع، وفيه وجه آخر لا يحتاج إلى العدد؛ لأن الخصم حاضر يسمع وهذا ليس بشيء، ولا يتصور أن يكون الحاكم أعجمياً؛ لأن من لم يعرف العربية لا يصلح للقضاء، وإن كان القاضي

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٧٨).

يسمع والخصم أصم كفى واحد يسمعه ما يقول القاضي ويقول خصمه.

فرع آخر

قال أصحابنا: تقبل شهادة الأعمى في الترجمة؛ لأنه لا يحتاج فيها إلى البصر.

مسألة: قَالَ[١]: «وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ عنْدَ القاضي كَتَبَ حِلْيَةَ كُلِّ رَجُلٍ وَرَفَعَ فِي نَسَبِهِ».

الفصل

الحلية هي ذكر أوصاف الرجل في نفسه، والرفع في النسب أن يكتب اسم أبيه وجده أو أجداده إن كان نسبه معروفاً، أو ولايته إن كان مولى.

وجملته أن الشهود إذا حضروا عند القاضي إن كانوا من العلماء المعروفين بالعدالة يصغي إلى شهادتهم، ولا يحتاج فيهم إلى السؤال عن عدالتهم، وإن كانوا غير هؤلاء يستحب للقاضي أن يعظ الشهود، فيقول: روي عن النبي ﷺ أنه قال: [١٥٩/أ]«شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار»[٢]. فإن أقاموا على أمرٍ يكتب أسماءهم وكناهم ورفع أنسابهم بما يتميزون به عن غيرهم، ويثبت حُلاهم وأوصافهم وألوانهم وأبدانهم لئلا تشتبه الأسماء والأنساب، فيكتب أقرع، أو أسمر، أو أبيض، أو أشهل أقنى الأنف، أو أفطس رقيق الشفتين أو غليظهما، طويل أو قصير أو ربعة، أقط أو ملتحي، دقيق الساقين أو غليظهما، ويكتب صنائعهم وموضع مساكنهم ومعايشهم وصلواتهم، ليسأل عنهم جيرانهم وأهل سوقهم وأهل مساجدهم، والغرض بذلك أن يتميزوا، فلا يقع اسم على اسم، فإن الرجل ربما يعرف بكنيته دون اسمه، وباسمه دون كنيته، وتسهيل النظر في حاله والمسألة عنه، وقال ابن شبرمة: شيئان عمل أحدٌ بهما قبلي ولا يتركهما بعدي؛ أخذ تحلية الشهود، والسؤال عنهم سراً.

مسألة قال: «وَأُحِبُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ سِدَةُ عُقُولٍ أَنْ يُفَرِّقَهُمْ ثُمَّ يَسْأَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى حِدَةٍ».

الفصل

إذا شهد شاهدان بحقٍ ينظر، فإن عرف الحاكم فسقهما في الباطن والظاهر، أو في الباطن لم يحكم بشهادتهما، وإن عرف عدالتهما في الظاهر والباطن إن كان سأل عنهما قبل ذلك حكم بشهادتهما، وإن لم يعرف فسقهما ولا عدالتهما لا يجوز أن يحكم بظاهر الحال حتى يسأل عن العدالة في الباطن، سواء شهدا بمالٍ، أو حدٍّ، أو قصاصٍ، أو نكاحٍ أو غير ذلك. وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد.

وقال أبو حنيفة: إذا شهدا بحدٍّ أو قصاصٍ فلا بد من معرفة العدالة في الباطن كما

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).

(٢) أخرجه الحاكم (٤/ ٩٨)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٣٨٤)، والعقيلي في «الضعفاء» (٤/ ١٢٢)، وابن عدي في «الكامل» (٦/ ٢١٤٩).

قلنا، وإن شهدا بمالٍ أو نكاحٍ اقتصر على الظاهر، ولا يحتاج إلى السؤال إلا أن يطعن الخصم ويقول: هما فاسقان، فحينئذ يلزمه السؤال، واحتج بأن أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ [١٦٠/ب] فشهد برؤية هلال رمضان، فقال له: «أتشهد أن لا إله إلا الله؟» قال: نعم. فقال: «أتشهد أني رسول الله؟» فقال: نعم. فصام وأمر الناس بالصيام. ودليلنا أن ما وجب البحث عنه في شهود القصاص يجب في شهود الأموال، كالإسلام، والعدالة إذا طعن الخصم فيها. وأما الخبر الذي ذكره فنقول: صار إلى الإسلام وترك دين الكفر في زمان رسول الله ﷺ، فقد أثنى الله تعالى عليه ووصفه بالعدالة فلم يحتج إلى البحث عن حاله. وقال مالك في روايةٍ: إن كان لهم سيما جميل وسمت حسن حكم بشهادتهم من غير بحثٍ عن عدالتهم، وإن لم يكونوا كذلك يجب البحث.

فإذا تقرر هذا فلا يخلو حال الشهود من أحد أمرين؛ إما أن يكونوا وافري العقول بحسن حالهم بحيث لا تسبق التهمة إليهم، أو كانوا من جملة الأغنياء والعوام الجهال بحيث تسبق التهمة إليهم، فإن كانوا وافري العقول وحسنت حالهم لم يتعرض لهم؛ لأن الاحتياط لا يفيد مع أمثالهم، وإن كانوا بخلاف ذلك يحتاج أن يفعل الحاكم معهم أمرين: **أحدهما**: أن يفرقهم ويسأل كل واحدٍ على الانفراد عن الشهادة وكيف تحملها، وفي أي وقتٍ كان، وفي أي موضعٍ، ومن حضره، وهل جرى ثم كلامٌ ونحو ذلك، فإن اختلف كلامهم ردهم، وإن اتّفق كلامهم ورأى أن يعظهم وعظهم وخَوّفَهم، وحذّرهم من الكذب وشهادة الزور، وإن كان تم حال حسنة ولم يكن سدة العقل، يستحب أن يفعل هذا أيضاً ليستدل على عورةٍ إن كانت في شهادته. وإذا سأل واحداً لم يدعه يرجع إلى أصحابه؛ لأنه ربما يخبرهم بما قال فيقولون مثل قوله.

والدليل على هذه الجملة ما روي أن أربعة [١٦٠/أ] من حواشي نبي الله داود ـ عليه السلام ـ هموا بإصابة امرأةٍ، فامتنعت عليهم فشهدوا عليها عند داود ـ عليه السلام ـ بالزنا، وروي أنهم نسبوها إلى الكلب وقالوا: إن كلباً أتاها، فهم داود ـ عليه السلام ـ برجمها، فبلغ ذلك سليمان ـ عليه السلام ـ وهو يلعب مع الصبيان، فاستدعي بأربعةٍ من الصبيان فشهدوا بمثل ذلك، ففرقهم وسألهم، فاختلفوا فرد شهادتهم، فبلغ ذلك داود عليه السلام ففرق الشهود وسألهم فاختلفوا فرد شهادتهم.

وروي أنه سأل كل واحدٍ عن لون الكلب وصفته فاختلف كلامهم في لونه فردهم، وهذا قول على أن في شريعة داود ـ عليه السلام ـ كان الزنا بالكلب موجباً للحد. وروي أن سبعة نفرٍ خرجوا في سفرٍ ففقد واحد منهم، فجاءت امرأته إلى علي ـ رضي الله عنه ـ تدعي عليهم بقتله، ففرقهم وأقام كل واحد منهم إلى ساريةٍ ووكل به رجلاً، واستدعى أحدهم وسأله فأنكر، فقال علي رضي الله عنه: الله أكبر، فظنوا حين سمعوا تكبيره أنه كبر على إقرار الأول، ثم استدعى واحداً بعد واحدٍ فأقروا، فقال الأول: أنا ما أقررت، فقال علي رضي الله عنه: قد شهد عليك أصحابك وأنا قاتلك،

فاعترف فقتلهم جميعاً. وروي أن أول من فرق الشهود دانيال النبي عليه السلام، شهد عنده شهود على امرأةٍ بالزنا ففرقهم، فقال واحدٌ: زنت برجل شابٍ تحت شجرة كمثرى. وقال الآخر: تحت شجرة تفاح، فعلم أنهم كذبوا، [١٦٠/ب]فدعا الله تعالى عليهم، فنزلت نار من السماء فأحرقتهم.

والدليل على الوعظ ما روي أن رجلين شهدا عند علي ـ رضي الله عنه ـ فوعظهما علي ـ رضي الله عنه ـ واجتمع الناس فذهبا في الزحام، فقال علي رضي الله عنه: لو صدقا لثبتا، ولم يقطع يد الرجل.

وروي عن أبي حنيفة أنه قال: كنت عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة، فجاءه رجل ادعى على رجلٍ حقاً فأنكر، فأحضر المدعي شاهدين فشهدا له بما ادعاه، فقال المشهود عليه: والذي تقوم به السماء والأرض ما كذبت في الإنكار، ولقد كذبا عليَّ في الشهادة، ولو سألت عنهما لم يختلف فيهما اثنان، وكان محارب بن دثار متكئاً فاستوى جالساً، وقال: قال رسول الله ﷺ: «إن الطير لتخفق بأجنحتها وترمي بما في حواصلها من هول ذلك اليوم، وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوّأ مقعده من النار» فإن صدقتما فاثبتا، وإن كذبتما فغطيا رؤوسكما وانصرفا، فغطيا رؤوسهما وانصرفا.

وروي عن محمد بن الفرات أنه قال: شهدت محارب بن دثارٍ وأتاه رجلان يختصمان، فجاء أحدهما بشيخ مخضوبٍ له ضفيرتان، بين عينيه أثر السجود، فشهد له، فقال المشهود عليه: والله لقد شهد عليَّ بالباطل ولئن سألت عنه لرجع، فقال محارب للشيخ: قد سمعت، فإن كنت شهدت بباطلٍ فارجع، فإن رسول الله ﷺ قال: «إن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى توجب له النار، وأن الطير تجيء يوم القيامة رافعة مناقيرها تحت العرش تضرب بأجنحتها[١٦١/أ] تضع ما في بطونها من هول ذلك اليوم» فاتق الله، فإن كنت شهدت بباطلٍ فارجع، فقال الشيخ: لقد رجعت، ومضى. والدليل على أنه لا يفعل ذلك عند الضبط والمعرفة ما حكي أن رجلاً شهد عند أبي عمرو القاضي في بيع بستان، فقال أبو عمرو: كم في ذلك البستان من نخلةٍ؟ فقال له الشاهد: لا أشك أن القاضي أعرف بداره مني بهذا البستان، فقال: هو كما قلت، فقال: كم في دارك من جذع؟ قال: فأمسك عنه وعلم أنه ضابط. وحكي أن رجلاً شهد عند علي بن عيسى بشهادةٍ، فقال علي بن عيسى: في أي موضع شهدت عليه بذلك؟ فقال له: في فضاء وسعني ووسع الشهود والمشهود عليه. وحكي أن أم أبي عمرو بن العلاء شهدت عند سوار بن عبد الله مع امرأة أخرى، فجعلت أم أبي عمرو تلقنها وتذكرها، فزجرها سوار، فقالت: ألم تسمع قول الله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فخجل سوار.

والمغربي وطائفة من أهل الظاهر قالوا: يجب على المشهود له إقامة البينة بعدالة الشهود، ولا يلزم الحاكم ذلك إلا أن يتطوع، وهذا فاسد؛ لأن التعديل والجرح

مستحق على الحاكم، فوجب أن يكون الكشف عنهما مستحقاً عليه.

فرع

لو اعترف المشهود عليه بعد التهمة، فهل يجب الحكم عليه بشهادتهم؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يحكم عليه؛ لأن البحث عن عدالته معتبر في حقه وهو قد اعترف.

والثاني: لا يحكم عليه؛ لأن في الحكم بشهادتهم حكماً بعد التهم فلا يجوز أن يحكم بها بتزكية الخصم.

ولأن اعتبار التعديل في الشاهد [١٦١/ب] حق الله تعالى فلا يترك بقول الخصم، كما لو رضي الخصم أن يحكم عليه بشهادة الفاسق لا يجوز له أن يحكم به.

مسألة: قال[١]: «وَأُحِبُّ أَنْ يَكُونَ أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ جَامِعِينَ لِلْعَفَافِ».

الفصل

أراد بأصحاب المسائل المزكين، وشرط الشافعي رضي الله عنه فيهم ثلاث شرائط: العفة والأمانة لئلا يرتشوا.

والثاني: وفور العقل لئلا يخدعوا ولا يميلوا للعدو مع عدوه بتحرجه ويخفي جميله ويظهر قبحه، ولا صديقاً له فيظهر جميله ويخفي قبحه، وقلما يخلو المسلم عن قبيح وحسن.

والثالث: البراءة من الشحناء والبغضاء والعدواة بينهم بالعصبية، لئلا يجرح من لا يوافقه في مذهبه، ويعدل من يوافقه، ويسأل من يعدله بالموافقة ويجرحه بالمخالفة.

وأما قول المزني: وَأَنْ يَكُونُوا جَامِعِينَ للأَمَانَةِ فِي أَدْيَانِهِمْ لاَ يَتَعَطَّلُونَ بِأَنْ يَسْأَلُوا الرَّجُلَ عَنْ عَدوِّهِ فَيُخْفِي حَسَناً وَيَقُولَ قَبِيحاً شرحه الشافعي رضي الله عنه في «الأم» فقال: وأن يكونوا جامعين للأمانة في أديانهم، وأن يكونوا أهل عقول لا يتغفلون بأن يسألوا الرجل عن عدوه فيخفى حسنه ويقول قبيحاً، فيكون ذلك جرحاً عنده. فأفسده المزني بالاختصار فقال: جامعين الأمانة في أديانهم لا يتعطلون بأن يسألوا، وهذا لا يشبه بعضه بعضاً، والصحيح ما قال في «الأم». ثم قال: ويحرص أن لا يعرف له صاحب مسألة، يعنى المزني، لاينبغي أن يكون معروفاً فيحتال إليه بالرشوة والإخداع.

قال: وإذا كتب لهم كتاب السؤال يكتب صفات الشهود[١٦٢/أ] على ما وصفنا ويكتب اسم من شهدوا عليه واسم من شهدوا له، ومبلغ ما شهدوا به، وهذا ينسخ من المحضر الذي عقده بدعوى المدعي على المدعى عليه، وأقل ما يكتب أربعة أشياء: ذكر الشهود بأسمائهم وأنسابهم وصفاتهم ومساكنهم وأسواقهم على ما ذكرنا.

والثاني: ذكر المشهود له باسمه ونسبه لئلا يكون والداً ونحوه.

والثالث: ذكر من شهدوا عليه لئلا يكون عدواً يشهد على عدوه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٢).

والرابع: مبلغ الحق؛ لأن الإنسان ربما طابت نفسه بتعديل اليسير، ولم تطلب نفسه بتعديل الكثير، فيكون ذكره للمزكي أولى.

ويأمرهم أن يسألوا عنه في جيرانه وسوقه وموضع مصلاه، وهو بالخيار أن يطلق فيقول: سلوا من شئتم، وبين أن يعين فيقول: سلوا فلاناً وفلاناً. ومن أصحابنا من قال: يعتبر في أصحاب مسائله سبعة أوصافٍ:

أحدها: أن يكونوا جامعين في الطعمة والأنفس والعفاف في الطعمة، أن لا يأكلوا الحرام والشبهة، فيدعوهم إلى قبول الرشوة، والعفاف في الأنفس أن لا يقدموا على ارتكاب محظور.

والثاني: أن يكونوا وافري العقول ليصلوا إلى غوامض الأمور بلطف، ولا ينفذ عليهم خداع ولا صلة.

والثالث: أن يكونوا براء من الشحناء.

والرابع: أن لا يكونوا من أهل الأهواء والعصبية في نسبٍ أو مذهب فيميل مع موافقة في تحسين قبيحه ويميل على مخالفة في تقبيح حسنه.

والخامس: أن يكون بعيداً من مماطلة الناس وهي اللجاج؛ لأن اللجوج ينصر هواه ويرتكب ما يهواه، ولا يرجع عن الخطأ وإن ظهر له الصواب، فلم يوثق بلجاجه أن يعدل مجروحاً وأن يحرج معدلاً.

والسادس: أن يكون جامعاً للأمانة ليورد بأمانته ما عرف ويتأول فيه ما يصرفه[١٦٢/ب] عن أقوى الأمرين إلى أضعفها وعن أظهر الحالين إلى أخفاهما.

والسابع: أن لا يسترسل فيسأل عدواً منابذاً أو صديقاً مواصلاً؛ لأن العدو يظهر القبيح ويخفي الحسن، والصديق يظهر الحسن ويخفي القبيح.

قال: ويؤمر بأن لا يعرفوا عند أربعة أصنافٍ المشهود له حتى لا يحتال في تعديل شهوده وعند المشهود عليه حتى لا يجري في جرح شهوده، وعند الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل أنفسهم، وعند المزكين عن المشهود حتى لا يحتال لهم الأعداء في الجرح والأصدقاء في التعديل. ذكره في «الحاوي»(١).

ولو سأل عن صديقه المعافى فعدله فلا بأس؛ لأن شهادته له مقبولة وقد بينا أن لا يفعل ذلك.

فرع

الحاكم مخير بين أمرين؛ **أحدهما**: وهو الأحوط، أن يكتب بذلك أربع رقاع يرفع منها رقعتين أخرتين إلى مزكيين ليسألا عن الشاهد الآخر يزكيه كل واحد من الشاهدين مزكيين ويصير المزكون أربعة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٨٥).

والثاني: أن يقتصر على رقعتين فيهما ذكر الشاهدين، فيدفع إحداهما إلى أحد المزكين فتصير التزكية فيهما مسموعة من مزكيين.

فرع آخر

اعلم أنه قد يسمى أصحاب المسائل المزكين، وإذا توجه بها أصحاب المسائل المزكون كان أول ما سألوا عنه أحوال الشهود، فإن وجدوهم مجروحين لم يسألوا عن غيرهم، وإن وجدوهم معدلين سألوا عمن شهدوا له، فإن ذكروا أن بينهم وبينه ما يمنع من شهادتهم عليه لم يسألوا عما عداه، وإن ذكروا جواز شهادتهم له سألوا عمن شهدوا عليه، فإن ذكروا ما يمنع من شهادتهم عليه لم يسألوا عما عداه، وإن ذكروا جواز شهادتهم له ذكروا القدر الذي شهدوا به. ثم على أصحاب المسائل أن يشهدوا عند الحاكم[١٦٣/أ] بما عرفوه من هذه الأحوال الأربع إن اجتمعت أو افترقت، فإن لكل واحدة منهن حكماً في غير هذه القضية وأن اعتبار جميعها في هذه القضية.

مسألة: قَالَ[١]: «وَلاَ يَقْبَلُ الْمَسْأَلَةَ عَنْهُ وَلاَ تَعْدِيلَهُ وَلاَ تجريحهُ إِلاَّ مِنَ اثْنَيْنِ».

اختلف أصحابنا في تأويل هذا، فقال أبو إسحاق: أراد به المزكين دون أصحاب المسائل؛ لأن الاعتماد على المزكين دون أصحاب المسائل، فيجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً فيبعثه ليسأل، فإن عاد وأخبر بالجرح توقف الحاكم ولا يستدعي الجارح؛ لأن في ذلك فضيحة الشاهدين، والقصد معرفة عدالتهم لا فضيحتهم ولكن يقول للخصم زد في شهودك، وإن عاد وعدل لم يعتمد على قوله ويستدعي المزكي ويسأله عن ذلك حتى يخبره مشافهةً ولا يقبل ذلك إلا من مزكى على ما قاله الشافعي رضي الله عنه.

وقال الإصطخري: المراد بذلك أصحاب المسائل، فيحتاج أن يكونوا اثنين كالمزكين، فإذا أخبرا بالجرح والتعديل عمل على ذلك ولا يحتاج إلى حضور المزكين، وإن كان كالشهادة على الشهود؛ لأنه موضع حاجة لأنه لا يلزم المزكي أن يحضر عند الحاكم لتزكية وليس للحاكم إجباره على ذلك، فصار ذلك كالمرض والغيبة في سائر الشهادات وهذا هو المنصوص، وذلك خلاف نص الشافعي؛ لأنه قال: ويمضي من كل واحدٍ منهما ما رفعه إلى الآخر، وهذا إنما يكون في أصحاب المسائل دون المزكين، ولأن العدد لا يسقط في الشهادة على الشهادة فكذلك هنا؛ لأن ذلك شهادة على المزكي، وبهذا قال أحمد.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يجوز أن يكون المزكي [١٦٣/أ] واحداً؛ لأن التزكية ليس من شرطها لفظ الشهادة، فلم يفتقر إلى العدد كرواية الأخبار، وهذا لا يصح كما ذكرنا؛ لأنه وافقنا أنه لو جرح الشاهد بواحدٍ وعدل باثنين فالتعديل أولى، فدل أن قول

---

(١) انظر الأم (٥/٢٤٣).

الواحد لا يثبت به شيء، إذ لو ثبت عند خلوه عن معارضٍ لثبت وإن عارضه ضده، كما لو جرحه اثنان وعدله عشرة كان الجروح أولى بالإجماع. وأما قوله: إنه لا يعتبر فيها لفظ الشهادة لا نسلم؛ لأنه لا يقبل الجرح والتعديل إلا بلفظ الشهادة.

ثم إذا بعث اثنين للمسألة يخفى عن كل واحدٍ منهما ما دفعه إلى صاحبه، ويوصي كل واحدٍ منهما بإخفائه لئلا يتواطئا على شيء واحدٍ بالرشوة، ثم ينظر فإن اتفقا على الجرح أو التعديل عمل عليه.

وإن اختلفا فجاء أحدهما بالتعديل والآخر بالجرح، قال الشافعي: «أعادهما مع غيرهما»، قال أصحابنا: أما إعادتهما فلأن أحدهما لا محالة مقصر في النظر؛ لأنا لا نعلم أن الرجل الواحد لا يكون عدلاً فاسقاً. وأما ضم غيرهما إليهما فلأنهما ربما يختلفان في المرة الثانية كما اختلفا في المرة الأولى، فلا يمكن تنفيذ الحكم مع اختلافهما، فإذا ضم إليهما غيرهما يرجى تزكية المزكيين فيردهما. ثم ينظر فإن عاد الآخران بالتعديل فقد ثبت التعديل بثلاثة أنفسٍ فعمل عليه. وإن عاد أحدهما بالتعديل والآخر بالجرح فقد ثبت واحد منهما باثنين، فيكون الجرح أولى من التعديل، وإن عاد أحدهما بالتعديل والآخر توقف فيه، فإن التعديل قد ثبت. وإن عاد أحدهما بالجرح وتوقف الآخر، فإن[١٦٤/أ] الجرح قد ثبت، ولو عدل رجل بشاهدين وجرحه آخران، قال الشافعي: «الجرح أولى»؛ لأن التعديل على الظاهر والجرح على الباطن لزيادة العلم مع الجارح.

فرع

لا يجوز أن يقبل تعديل الولد للوالد. وقال أبو حنيفة: يقبل، ودليلنا أنه إثبات حكم على خصمٍ بقول غيره فلا يجوز من الوالد.

فرع آخر

لا يقبل التعديل من المرأة خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن شهادتها لا تقبل فيما لا يقصد فيه المال ويطلع عليه الرجال.

فرع آخر

إذا ثبت أنها شهادة محضة اختلف أصحابنا في أن القاضي يحكم في تعديلهم وجرحهم بأصحاب مسائله وبمن عدلهم وجرحهم من جيرانهم وأهل الخبرة بهم على وجهين:

أحدهما: أن أصحاب مسائله هم الشهود عنده بالتعديل والجرح وهم المتحملون عن الجيران وأهل الخبرة ما ذكره من التعديل والجرح، وهذا ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه وقول الأكثرين من أصحابه. فعلى هذا يجوز أن يكون ما يسمعه أصحاب المسائل من الجيران بلفظ الخبر؛ لأن الشهادة مختصة بالحكام، ولا يعتبر فيهم العدد ويعتبر أن يقع في نفوس أصحاب المسائل صدق المخبر فيما ذكره من تعديل وجرح،

فربما وقع في نفسه صدق الواحد وربما ارتاب باثنين فيلزمه أن يستزيد، ويجوز لأصحاب المسائل أن يسألوا الجارح من أين علم تعديله وجرحه، ولا يجوز للحاكم أن يسأل أصحاب المسائل من أين علمتم الجرح والتعديل، وهذا اختيار الإصطخري. [١٦٤/ب]

والثاني: وهو قول أبي إسحاق أن الذي يشهد بالجرح والتعديل هم من عرفهم من الجيران وأهل الخبرة، ويكون أصحاب مسائله فيها؛ لأن الشهادة سميت بذلك مسموعة من أهل المعرفة الباطنة وهم الجيران دون أصحاب المسائل، ولأن شهادة أصحاب المسائل كالشهادة على الشهادة، وهي لا تسمع مع القدرة على شهود الأصل.

فعلى هذا كان ما يذكره أصحاب المسائل خبراً يجوز أن يقتصر فيه على قول الواحد بلفظ الخبر دون الشهادة، ويذكر الحاكم بالجرح والتعديل، ثم يسمع بالتعديل والجرح من الجيران وأهل الخبرة على شرط الشهادة.

فرع آخر

إذا شهد شاهدان من أصحاب مسائله ومن الجيران على ما قدمناه من الوجهين بتعديل أحد شاهدي الأصل، جاز أن يشهدا بتعديل الشاهد الآخر قولاً واحداً وإن كان في الشهادة على الشهادة قولان. والفرق أن في الشهادة على الشهادة هما فرع الأصل في التزكية فهما شاهدان على الأصل.

فرع آخر

لو شهد اثنان بجرحه في سنةٍ أو في بلدٍ، ثم شهد اثنان بتعديله في سنةٍ بعدها، أو في بلدٍ آخر انتقل إليه حكم تعديله لأنه قد يتوب وينتقل عن الفسق إلى العدالة، والتوبة ترفع المعصية ولا يقدم التعديل على الجرح إلا في هذه المسألة.

فرع آخر

لو بعث بذلك إلى المزكي فعدلهم لا يقبل التعديل بالكتاب حتى يحضر المزكي فيشير إليه أن الذين عدلتهم هؤلاء؛ لأنه ربما يلبَسُ عليه بالكتاب، والتزكية[١٦٥/أ] نوع شهادة فلا تقبل بالكتاب، ذكره أصحابنا رحمهم الله.

مسألة: قَالَ[١]: «ولاَ أَقْبَلُ الجَرْحَ إلاَّ بِالمُعَايَنَةِ أَوْ السَّمَاعِ».

أراد به صاحب المسألة إذا أخبر بالجرح لا يقبل إلا أن يضيف إلى نفسه رؤية ما يجرح، أو يستفيض ذلك في الناس، ويخبره كل من سأله بفسقه، وهذا لأنه لا يصير عالماً بذلك إلا بالشهادة أو بالسماع أو بالمشاهدة يحصل العلم، وكذلك بالسماع المتواتر، فإن لم يكن متواتراً ولكنه شاع في الناس، يجوز أن يؤدي الشهادة مطلقاً كما يشهد بالموت والنسب بالاستفاضة، وإن كان خبر الواحد والعشرة لا يصير عالماً به،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

ولكنه يشهد بما يسمع ويكون شاهد الفرع، والذي يشهد عنه شاهد الأصل فيكون حكمه حكم شاهد الفرع، هكذا ذكره أبو حامدٍ، وقد قيل: يعتبر بهذا الكلام الرد على أبي حنيفة حيث قال: يقبل الجرح مطلقاً كما يقبل التعديل مطلقاً، ونحن لا نقبله إلا مفسراً، بل يقول عاينته يفعل كذا، أو سمعته يقول كذا، وما ذكرناه أولاً أظهر.

مسألة: قَالَ[1]: «وَلاَ نَقْبَلُهُ إلاَّ مِنْ فَقِيهٍ دَيِّنٍ عاقلٍ إلاَّ بِأَنْ يفقهُ عَلَى مَا يَجْرَحُهُ بِهِ».

قد ذكرنا أنه لا يقبل الجرح إلا بعد بيان سببه خلافاً لأبي حنيفة رحمة الله، وهذا لأن الناس يتباينون في الأهواء، فيشهد بعضهم على بعض بالكفر أو الفسق بالتأويل، وهو بالجرح عندهم أولى. وقد قال مالك رحمة الله تعالى: يفسق الرجل بشرب النبيذ المطبوخ وإن اعتقد إباحته، ومن الناس من يقول: [١٦٥/ب] يفسق بالوطء في نكاح المتعة ونحو ذلك، وقد يعدون ما ليس بجرح جرحاً، ولا فرق بين أن يكون الجارح فقيهاً أو غير فقيهٍ.

وقال الشافعي رضي الله عنه: لقد حضرت رجلاً صالحاً يجرح رجلاً متسهلاً بجرحه فقال له السائل: بأي شيء تجرحه فقال: ما يخفي على من تكون الشهادة به مجروحة، فقال الذي يسأله: لا أقبل هذا منك إلا أن تبين، فقال: رأيته يبول قائماً، فقال: وما في ذلك؟ فقال: ينتضحُ على ساقيه ورجليه وثيابه ثم يصلي قبل أن ينقيه، فقال: أفرأيته فعل ذلك فصلى قبل أن ينقيه وقد انتضحَ عليه؟ فقال: لا، ولكن أراه سيفعل. وهذا الضرب كثير في الناس والجرح خفي فلا يقبل لخفائه لما وصفت من الاختلاف إلا بتصريح الجرح، ومذهب الفقهاء أن لا يكفر أحدٌ من أهل القبلة. قال الشافعي رضي الله عنه: «إلا واحداً وهو من نفى علم الله تعالى الأشياء قبل كونها فهو كافر»، وقد ذهب جماعة إلى تكفير أهل الأهواء كلهم.

وحكي أن رجلاً جرح رجلاً وقال: إنه طيّن سطحه بطين استخرجه من حوض البستان، ومثل هذا لا يكون جرحاً إلا بالإجماع، فلهذا يجب الاستفسار.

فإن قيل: كما أن الجرح يختلف فكذلك العدالة، ولو عدلوا لا يلزم بيان سبب العدالة. قلنا: هل يشترط ذكر سبب التعديل؟ فيه وجهان: فلا نسلم، وإن سلمنا فلأن أسباب العدالة تكثر ولا يمكن ضبطها بخلاف أسباب الجرح فافترقا.

فإن قيل: في كشف سبب الجرح هتك ستر الشاهد ويصير الجارح به قاذفاً. [١٦٦/ أ] قلنا: وإذ هو فاسق هتك ستره أيضاً، وربما يزول هذا العار عند بيان السبب، وذكر ما لا يوجب الفسق، وأما القذف فيمكنه أن لا يصرح به، وإذا أتى به بلفظ الشهادة لا يكون قاذفاً.

---

(١) انظر الأم (٥/٢٤٣).

فرع

لو سأل الحاكم الشاهدين عن سبب الجرح فذكر له وكان زنا لم يكن قاذفاً، سواء كان بلفظ الشهادة أو بغير لفظ الشهادة؛ لأنه لا يقصد إدخال المعرة عليه بالقذف، بل قصد إثبات صفته عند الحاكم ليتبين الحاكم حكمه عليه، هكذا ذكره أبو حامد.

وقال في «الحاوي»: لا يصير أصحاب المسائل إذا شهدوا بها قذفه وإن لم تكمل شهادتهم؛ لأن أصحاب المسائل ندبوا للإخبار فأسمعوه ولم يندب الجيران إليه.

ولا يفرق بين أن يذكر أصحاب المسائل هذا الجرح بلفظ الشهادة أو بلفظ الخبر، ولكن الحاكم يحكم به إن كان بلفظ الشهادة ولا يحكم به إن كان بلفظ الخبر.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[1]: اعلم أن الفسق يكون من ثلاثة أوجهٍ: بالأفعال كالزنا والغصب، وبالأقوال كالقذف والكذب، وبالاعتقاد كاستحلال المحظور والتدين بالبدع.

والأفعال تعلم بالمعاينة، والأقوال تعلم بالسماع وكذلك الاعتقاد، فلا يقبل من الجارح إذا شهد بأفعال الجرح إلا إذا شاهدها، ولا يقبل منه إذا شهد بأقوال الجرح إذا سمعه ولا يقبل إذا قال: بلغني، أو قيل لي، ولا تقبل شهادة الأعمى بالجرح في الأقوال والأفعال، فأما إذا شهد بها عن الإخبار بها، فإن كانت أخبار آحادٍ لم يكن للمخبر أن يشهد بها، وإن كانت من أخبار الاستفاضة أو التواتر التي لا يعترضها ارتياب جاز أن يشهد بها كما [١٦٦/ب] بالأنساب وتقبل به شهادة الأعمى. فإن كان الشاهد عند الحاكم بهذا الجرح هم الجيران إن كانت هذه الشروط معتبرة في شهادتهم أن يعلمه إما بالمعاينة للأفعال أو بالسماع للأقوال، أو بالخبر المستفيض للأفعال والأقوال، وأن الشاهد بها أصحاب مسائل يحملوها عند علمها من هذه الوجوه الثلاثة جاز لهم أن يشهدوا بها عنهم؛ لأن أصحاب مسائله ندبوا للبحث عنها، ولو تحملوها من هذه الوجوه لعلموا الشهادة بها، ولما احتاجوا إلى المسألة عنها.

مسألة: قَالَ[2]: «وَلاَ يَقْبَلُ التَّعْدِيلُ إِلاَّ بِأَنْ يَقُولَ: عَدْلٌ عَلَيَّ وَلِي».

الفصل

اختلف أصحابنا في هذا، فقال بعضهم: هذا يدل على أن الحاكم لا يسأل عن أسباب التعديل، ويسأل عن أسباب الجرح؛ لأن الشهادة بالتعديل أن يجدوه سليماً من الهفوات، ولا يحتاج في هذا إلى شرح السبب، وعلى هذا السؤال عن سبب العدالة استظهار لا واجب، وهذا الذي عليه القضاة في زماننا هذا. وعلى هذا قال الإصطخري: قوله«قول عدل عليَّ ولي» استحباب للتأكيد؛ لأن الشهادة بالتعديل تقتضي

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٩١). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

الحكم بها عليه وله، فيكفي أن يقول عدلٌ. وبه قال أبو حنيفة، ومالك وأحمد رحمهم الله، وهو اختيار صاحب «الإفصاح» والقفال. وقد قال في «حرملة»: إذا قال هو عدل مرضي كفى في التعديل، وهذا لأن المقصود إثبات عدالته عند الحاكم، وذلك يثبت بهذا ولا يحتاج إلى الزيادة.

وقال أبو إسحاق وجماعة: هو على الوجوب، وهو ظاهر كلام الشافعي هنا، ونص عليه في «الأم» أيضاً، واختلفوا في العلة، فقال أبو إسحاق: إنما شرط هذا لأنه قد يكون [١٦٧/أ] عدلاً في شيءٍ دون شيء، وفي القليل دون الكثير، فإذا قال ذلك عم ولم يخص.

وإذا قال عدل ولم يزد لم تثبت العدالة المطلقة، كما إذا قيل: فلان صادق، ولا يثبت بهذا القدر صدقه على الإطلاق. وقال غيره: العلة أنه قد يكون الشاهد بالتعديل من لا تقبل شهادته عليه؛ لأنه من أعدائه، فإذا قال عدل عليَّ ولي زالَ هذا الاحتمال، فقوله عدل عليَّ نفيٌ للعدواة، وإذا قال عدلٌ لي نفيٌ للقرابة وهذا أبلغ الألفاظ في التعديل وعلى هذا لا يلزم أن يقول هذا إذا علم أنه لا نسب بينهما ولا عداوة. وعلى تعليل أبي إسحاق يلزم ذلك وإن علم أنه لا نسب بينهما ولا عداوة.

فرع

الشهادة بأنه عدل رضا جرت العادة بالجمع بينهما في صحة التعديل، وقال جمهور أصحابنا: قوله«رضا» محمول على التأكيد؛ لأن العدل رضا. وقال بعض أصحابنا البصريين: هذا شرط في صحة التعديل؛ لأن التعديل سلامة والرضا كمال.

فرع آخر

استزاد بعض القضاة في التعديل أن يقول إنه مأمون في الرضا والغضب، وهذا تأكيد لا يكون شرطاً؛ لأنه من أحكام العدالة فلا يلزم ذكرها كالصدق والأمانة.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: سؤاله عن أسباب العدالة واجب لجواز الاحتمال في التعديل كجوازه في التفسيق، فعلى هذا يكون الشاهد مؤدٍ بالأسباب، والقاضي هو الحاكم بالعدالة، وتكون استزادته من الشهود أن يشهدوا أنه عدل، ولي استخبار عن حكم العدالة وليس بشرط في قبول الشهادة على سببها، وهل يكون هذا الاستخبار لازماً في حق الحاكم وأنه لم يكن في حق الشاهد؟ فيه وجهان: [١٦٧/ب] **أحدهما**: يكون لازماً في حقه ليكون حكمه بالتعديل على أحوط الأمور. **والثاني**: أنه ليس بلازمٍ في حقه كما ليس بلازمٍ في حق الشاهد؛ لأن الشهادة بأسباب التعديل تغني عما سواه.

فرع آخر

إذا قلنا يشترط ذلك بسبب التعديل جاز أن يكون الشاهد بالتعديل من غير أهل الاجتهاد. وإن قلنا لا يشترط وجب أن يكون الشاهد بالتعديل من أهل الاجتهاد.

فرع آخر

إذا قال المزكي لا أعلم إلا خيراً لا يكفي، وقال الطحاوي: عن علي بن معبد، عن أبي يوسف أنه قال: تقبل شهادته، ولم يذكر خلافاً، وهذا لا يصح؛ لأنه لم يصرح بالعدالة فلا يكون تعديلاً كما لو قال: أعلم فيه خيراً.

فإن قيل: إذا كان من أهل الخبرة ولم يعلم إلا خيراً فهو عدل. قلنا: يجوز أن لا يعلم عدالته ولا فسقه لاشتباه حاله عليه فلا يدل على حقيقة العدالة.

مسألة: قَالَ[١]: «ثُمَّ لاَ يَقْبَلُهُ حَتَّى يَسْأَلَهُ عَنْ مَعْرِفَتِهِ بِهِ، فَإِنْ كَانَتْ بَاطِنَةً مُتَقَادِمَةً وَإِلاَّ لَمْ يَقْبَلْ ذَلِكَ مِنْهُ».

وجملة هذا أنه لا يقبل التعديل إلا ممن له خبرة باطنة ومعرفة متقادمة بالشاهد، وهذا لأن الرجل لا يكاد يعرف الرجل إلا بمعاشرة متقادمة ومصاحبة، ولا يداوم الإنسان الفسق بل يفعله في بعض الأوقات دون بعضٍ، فإذا لم يتقادم عهده ومعرفته به لم يقف عليه.

وقد روى حرشة بن الحر أن رجلاً شهد عند عمر ـ رضي الله عنه ـ بشهادةٍ، فقال له: اعرفك ولا يضرك أن لا أعرفك ائتني بمن يعرفك، فقال رجل من القوم: أنا أعرفه، قال: بأي شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل، فقال: هو جارك الأدنى الذي تعرف ليله ونهاره، ومدخله ومخرجه؟ [١٦٨/أ] قال: لا. قال: فعاملك بالدينار والدرهم اللذين بهما يستدل على الورع؟ قال: لا. قال: فرفيقك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق؟ قال: لا. قال: لست تعرفه، ثم قال للرجل: ائتِ بمن يعرفك[٢].

وقال مجاهد: دخل رجل المسجد ورسول الله ﷺ جالس، فقال: «من يعرف هذا؟» فقال رجل: أنا أعرف وجهه ولا أدري ما اسمه، فقال: «ليست تلك بمعرفة»[٣].

وقيل: الشهادة بالتعديل تخالف الشهادة بالجرح من وجهين، ووجه ثالث مختلف فيه: **أحدهما**: أن الشهادة بالتعديل لا تقبل إلا ممن كان قديم المعرفة بخلاف الجرح. **والثاني**: لا تقبل إلا من أهل المعرفة الباطنة والجرح يقبل من أهل المعرفة الظاهرة والباطنة. **والثالث**: هل يشترط ذكر سبب التعديل فيه وجهان، ولا يحكم بالجرح إلا بعد سببه.

مسألة: قَالَ[٤]: «وَيُسأَلُ عَمَّنْ جَهِلَ عَدَالَتَهُ سِراً، فَإِذَا عُدِّلَ سَأَلَ عن تَعْدِيلهِ عَلاَنِيَةً لِيَعْلَمَ أَنَّ المُعَدَّلَ سراً هُو هَذَا مَخَافَة أَنْ لاَ يُوَافِقُ اسْمٌ اسْماً أَوْ نَسَبٌ نَسَباً».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٠٠)، وفي «معرفة السنن» (٥٨٦٩).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٣٩٨)، والطبراني في «الكبير» (١٢/ ٣٢١).

(٤) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

قال أصحابنا: فإن لم يكن إشكال وعلم أن المزكي لا يرتاب به ولا يحتاج إلى إظهار التعديل، وقيل: هل يحتاج إلى الإشارة إذا عدل؟ فيه ثلاثة أوجهٍ: **أحدهما**: تلزم الإشارة إليه عند القاضي، فيقول: هذا هو الذي شهدنا عندك بتعديله ليزول الاشتباه ويحصل الاحتياط. **والثاني**: قال ابن أبي هريرة: لا يجب ذلك لكنه يستحب بكل حالٍ. **والثالث**: إذا كان مشهوراً في الناس بما يتميز به عن غيره لا يحتاج إلى الإشارة وجوباً لكنه يستحب، وتجب الإشارة في المجهول غير المشهور وهذا أصح.

فرع

إذا ثبتت عدالته عنده يعرف المشهود عليه أنه لزمه الحكم [١٦٨/ب] فيما شهدوا به عليه، وعَرّفَهُ ما عمل في أمر الشهود، فإن زعم أنه يمكنه جرحهم نظر في ذلك وتوقف في إنفاذ الحكم إن كان ما يزعم قريباً، ولا يستعجل في إنفاذ الحكم.

روى أنس ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «التأني من الله والعجلة من الشيطان»(١).

وروى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «إذا تأنيت ـ وروي إذا تثبت ـ أصبت أو كدت تصيب، وإذا استعجلت أخطأت أو كدت تخطىء»(٢).

فرع آخر

لو جرح الشهود في السر لم يسأل عنهم في العلانية لئلا يؤدي إلى هتك الستر، وإثبات العداوة بينهم وبين من جرحهم، وإذا عُدِلَ أعلن التعديل ليرغب الناس في حسن الذكر، وربما كان عند بعض الناس من جرحه ما يخفى على غيره، ولو ابتدأ أصحاب المسائل بالشهادة فيمن بحثوا عنه ولا يعلم الحاكم بما يشهدون به من جرح ولا تعديل فينبغي أن يمنعهم على الجهر حذراً أن يشهدوا بالجرح المأمور بالستر، وإن علم أنهم لا يشهدون بالعدالة جاز أن يدعوهم إلى الشهادة سراً وجهراً.

فرع آخر

لو عُدِل الشهود اختلف أصحابنا فيه على وجهين: **أحدهما**: أن الحكم بعدالته قد استقر على التأبيد ما لم يطرأ جرح من بعد بناءً على أصل العدالة.

والثاني: قال أبو أسحاق: يعيد البحث عن عدالته في كل مدةٍ لجواز أن يتغير فيها حاله، ولا يلزمه البحث في كل شهادةٍ؛ لأنه شاق وخارج عن العرف ولم يحد المدة بحد.

وحكي عن بعض الناس أنه قال: يسأل عنه كل ستة أشهرٍ، وهذا ليس بمذهبنا، ونسبه صاحب «الحاوى»(٣) إلى بعض أصحابنا والمذهب أنه تتوقف المدة على اجتهاده وما يراه. [١٦٩/أ]

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ١٩٧).

فرع آخر

إذا أعاد البحث مراراً واستقرت عدالته، فإن تجددت منه استرابة أعاد البحث والكشف وإن لم يتجرح ذلك لا يعيد البحث.

فرع آخر

قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: وإذا نزلت قافلة الحاج أو الغزاة أو غيرهما في بلدٍ يحضر رجلان من أهل القافلة من يعرفه الحاكم لم يحكم بشهادتهما وإن رأى عليهما سيما الخير وأثر الصلاح والعدالة. وقال مالك رحمه الله تعالى: إذا رأى فيهما سيما الخير حكم بشهادتهما؛ لأنه لا يمكن معرفة عدالتهما ولا يمكن التوقف عن الشهادة، فإن فيه تضييعاً للحق، فكان المرجع إلى السيما الجميل وهذا غلط؛ لأن عدالتهما مجهولة فلا يجوز الحكم بشهادتهما كشاهدي الحضر، وظاهر مذهبهم تسليم هذا الأصل. وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأنه ربما يؤدي إلى إثبات ما لا يستحق وذلك لا يجوز.

فرع آخر

لا يقبل من الفاسق التعديل سراً كان أو علانية، وقال أبو حنيفة: إذا قام [.........] من الناس في الحكم وغيره، فقال القاضي: إن هذا الشاهد عدل ولم ينكر أحد ذلك فقد ثبتت عدالته، فجعل سكوتهم كإخبارهم بالعدالة وهذا لا يصح؛ لأن سكوتهم يحتمل معاني فلا يجوز أن يقطع بواحدٍ منها.

فرع آخر

لا يجوز للحاكم أن يتخذ شهوداً راتبين فيقبل شهادتهم، ولا يقبل شهادة غيرهم؛ لأن في ذلك إضراراً بالناس وتضييقاً عليهم، ولأن شرط قبول الشهادة العدالة، فكل من كان بهذه الصفة وجب قبول شهادته، وقد قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولم يخص، وربما ثبتت الحقوق في مواضع لا يكون هناك شهود راتبون ويقال: إن أول من اتخذ ذلك إسماعيل بن إسحاق [١٦٩/ب] وتابعه سائر القضاة في بعض البلاد في هذا؛ ليكون الشهود أعياناً معدودين فلا يستشهد الخصوم بمجهول العدالة، ولا يطمع في الشهادة غير مستحق لها، وعندنا يكره ذلك، ولم يفعله الصدر الأول. فإذا تقرر هذا فيجب على الحاكم أن يسمع شهادة كل من يشهد عنده، فإن عرف فسقه رد شهادته؛ لأنه يجوز أن يحكم بالجرح والتعديل بعلمه.

مسألة: قَالَ(١): «وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يَتَّخِذَ كَاتِباً حَتَّى يَجْمَعَ أَنْ يَكُونَ عَدْلاً عَاقِلاً».

الفصل

اعلم أنه لا يستغني قضاة الأمصار والولاة على الأعمال عن كاتب ينوب عنهم في

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

ضبط الأمور، فيجوز لهم أن يتخذوا كاتباً، وقيل: يستحب لهم ذلك. وهذا لأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان كاتب رسول الله ﷺ، وهو الذي كتب القضية يوم الحديبية. وكان زيد بن ثابت ـ رضي الله عنه ـ كاتبه، فقال له النبي ﷺ: «**تعرف السريانية؟**» فقال: لا، فقال: «إنهم يكتبون إليَّ ولا أحب أن يقرأ كتبي كل أحدٍ، فتعلم السريانية» قال زيد: فتعلمتها في نصف شهرٍ(١). وروى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه كان لرسول الله ﷺ كاتب يقال له: السجل(٢). ولأنا لو كلفناه كتب السجلات والمحاضر بيده وينظر بين الناس أدى إلى المشقة والحرج، ويتعذر عليه الجمع بين الأمرين، فكان له أن يتخذ كاتباً يستعين به.

ثم ذكر الشافعي أنه يشترط فيه أربعة أوصافٍ؛ العدالة، والعقل، والعفة، والنزاهة من الطمع، وهذا لأن الكتابة موضع أمانة فلا توضع في غير العدل، ويستحب أن يكون فقيهاً ليعرف مواقع الألفاظ، ويفرق بين الواجب والجائز، وتعتبر النزاهة لئلا يستمال بالطمع.[١٧٠/أ] وقوله: «عاقلاً»: أراد سديد العقل؛ لأن وجود العقل شرط العدالة. قال أصحابنا: ويستحب أن يكون جيد الخط ويفصل بين الحروف ويميزها ويضبط ما يحتاج أن يكون مضبوطاً فلا يكتب سبعة مثل تسعة، ذكره صاحب «الإفصاح» وقيل: ينبغي أن يكون أديباً فلا يأتي بلفظٍ يلبس أو يوهم تضاعيف حروفه وأطراف سطوره كتبه شيء يتغير به الحكم، فلا ينبغي أن يفاوت الحروف في تباعدها وتدانيها، وأن يقارب السطور في كتابته وهذه كلها مستحبة، والمعتبر فيه أن يكون ممن يحسن الكتابة.

فرع

لا يجوز أن يكون عبداً؛ لأن الحرية شرط في كمال العدالة. وقال في«الأم»(٣): ما ينبغي عندي للقاضي ولا لوالٍ من ولاة المسلمين أن يتخذ كاتباً ذمياً، وينبغي أن يعز المسلمين بأن لا يكون لهم حاجة إلى غير أهل الإسلام، والقاضي أول الخلق عذراً بهذا. قال أصحابنا: لا يجوز أن يكون ذمياً؛ لأنه جرح نفسه في الدين عند قبول قوله فيه.

وقد قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ عَدُوِّى وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَآءَ﴾ [الممتحنة: ١] الآية، وقال أيضاً عز اسمه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ﴾ [المائدة: ٥١]، وقال أيضاً عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ﴾ [آل عمران: ١١٨].

وروى أبو سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «ما بعث من نبي ولا استخلف من خليفةٍ إلا كانت له بطانتان؛ بطانة تدعوه إلى الخير وتحضه عليه، وبطانة تدعوه إلى الشر وتحضه عليه، والمعصوم من عصم الله»(٤). وهذا صحيح وقد جاء به

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٠٧).
(٢) أخرجه أبو داود (٢٩٣٥)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٠١، ٢٠٤٠٢).
(٣) انظر الأم (٦/٢١٦).
(٤) أخرجه البخاري (٩/ ٩٥)، والنسائي (٧/١٥٨)، وأحمد (٣/٩٣).

القرآن العظيم وهو الآية التي ذكرناها.

وروي أن النبي ﷺ [١٧٠/ب] قال: «لا تَسْتَضِيئُوا بنار المشركين»[١] أي لا ترجعوا إلى أمانهم ولا تعولوا على مشاورتهم.

وروي أن أبا موسى الأشعري قدم على عمر ـ رضي الله عنهما ـ ومعه كاتب نصراني فأعجب عمر بخطه وحسابه واستحسنه، فقال له عمر: أحضر كاتبك ليقرأه، فقال: إنه نصراني لا يدخل المسجد، فزبره عمر وقال: لا تأتمنوهم وقد خوفهم الله تعالى، ولا تقربوهم وقد أبعدهم الله تعالى ولا تعزوهم وقد أذلهم الله تعالى[٢].

وروي: ولا تكرموهم إذ أهانهم الله تعالى، ولا تدنوهم إذ أقصاهم الله تعالى، ولا تأمنوهم إذ خوفهم الله تعالى، وأمر بعزله. وروي أنه قال عمر ـ رضي الله عنه ـ: اتخذته كاتباً؟ فقال: له دينه ولي كتابته، فقال عمر رضي الله عنه ما ذكرنا. ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان؛ أحدهما: ما ذكرنا. والثاني: أنه يجوز أن يكون كافراً وفاسقاً؛ لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يمضيه فيؤمن خيانته.

فرع آخر

إذا اتخذ القاضي كاتباً فهو بالخيار؛ إن شاء أجلسه عنده وإن شاء أجلسه بالبعد منه. فإن أجلسه عنده فإذا مضى شيء يحتاج إلى إثبات أمره يكتبه وينظر في ذلك حتى لا يحرف ولا يغير، وإن أجلسه ناحيةً، فإذا أقر عنده رجل بحقٍ وينكره أنفذ المقر إليه حتى يثبته.

قال الشافعي رضي الله عنه: ويستحب أن يكتب الحاكم اسم المقر عنده احتياطاً لئلا يرجع عن الإقرار إلى أن يبلغ [١٧١/أ] فربما يختلط ولا يعرف عينه.

وينبغي أن يقرأ القاضي بعد كتابته ويعلم فيه بخطه، ويشهد به على نفسه ليكون حجة للمتحاكمين وقيل: إنه يتخير بين أن يلقيه عليه حتى يكتبه في لفظه، أو يكتبه الكاتب بألفاظه والقاضي ينظر إليه أو يقرأه بعد الكتابة.

فرع آخر

لو رد القاضي المتخاصمين عند الاشتباه إلى وساطة متوسط بينهما لم يلزمهما الرجوع إليه، وإن سألاه ردهما إليه لزمه الكف عن النظر بينهما ولا يلزمه ردهما إلى وسيط معين؛ لأن ردهما إليه تقييد له إلى النظر بينهما، ولا يلزمه أن يقلد لهما ناظراً، فإن فعل كان تبرعاً منه وحملهما الوسيط على التراضي دون الإلزام، إلا أن يرد القاضي إليه الإلزام فيصير حاكماً وملزماً.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٩٩)، والبيهقي (١٠/ ٢٧)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (١/ ٤٥٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٢٠٤٠٩).

فرع آخر

يجوز للكاتب أن يتخذ كاتباً كما يجوز للقاسم أن يتخذ قاسماً.

مسألة: قَالَ(١): «وَالقَاسِمُ فِي صِفَةِ الكَاتِبِ».

يشترط في القاسم زيادةً، وهو أن يكون عارفاً بالحساب؛ لأن مدار القسمة على الحساب، وينبغي أن يكون عارفاً بالقيم لئلا يحتاج في التقويم إلى غيره، فإنه لم يعرف القيم يجوز ويرجع إلى أقوال مقومين يقومون.

مسألة: قَالَ(٢): «وَيَتَوَلَّى القَاضِي ضَمَّ الشَّهَادَاتِ وَرَفْعَهَا لاَ يَغِيبُ ذَلِكَ عَنْهُ».

الفصل

قال أصحابنا: نذكر في هذا الفصل كيف يجتمع عنده الشهادات التي يحتاج إلى ضمها ورفعها، ثم يبين كيفية الضم والرفع، [١٧١/ب] فإذا تقدم خصمان إلى القاضي، وادعى أحدهما على الآخر، فإن القاضي يسأل المدعَى عليه عما ادعاه عليه، فإن اعترف به وسأله المدعي أن يكتب بذلك محضراً كتب: بسم الله الرحمن الرحيم، حضر مجلس القاضي فلان ابن فلان الفلاني، وفلان ابن فلان كما يعرفه القاضي، وإن كان لا يعرفه القاضي كتب: رجل ذكر أنه فلان ابن فلان، ويجليه بالأوصاف التي ذكرنا، وأحضر معه رجلاً ذكر أنه فلان ابن فلان ويجليه، وادعى عليه بكذا وكذا، فسأله القاضي عما ادعاه عليه فأقر بجميعه، وذلك في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، وأشهد فيه من حضر القاضي من الشهود، ويلزم القاضي ذلك إذا سأل المدعي؛ لأنه ربما ينسى القاضي أو يعزل. ومن أصحابنا من قال: الإشهاد يجب بأنه أقر بكذا وكذا؛ لأنه إن كان مذهبه أنه لا يجوز له الحكم بعلة وربما يجحد بعده فلا يمكنه الحكم بعلة عليه. وإن كان مذهبه جواز الحكم بعلة ربما ينسى أو يعزل فلا يمكنه الحكم به ولا يقبل قوله بعد عزله، وهل يلزمه أن يكتب له محضراً؟ فيه وجهان: أحدهما: يلزمه؛ لأنه وثيقة له كالإشهاد. **والثاني**: لا يلزمه؛ لأن الشهادة تكفيه فلا حاجة إلى محضر.

وقال بعض أصحابنا: إن كان في دين يستوفى عاجلاً لا يلزمه الكتبة، وإن كان في دين مؤجل أو في ملك متأبد فهل يلزمه؟ وجهان. وإن أنكر ما ادعاه عليه فسأل القاضي فلان ابن فلان ابن فلان، وفلان ابن فلان ابن فلان المدعي بينةً [١٧٢/أ] إن كانت له فأحضر فلان ابن فلان، وفلان ابن فلان فشهدا عليه بجميع ما ادعى عليه، وإن لم يكن بينة لا يحلف القاضي المدعى عليه إلا بسؤال المدعي، فإذا سأل إحلافه كتب: فسأل فلان ابن فلان المدعي إحلافه فحلفه القاضي فلان ابن فلان بالله الذي لا إله إلا هو فحلف، ويكون هذا المحضر حجةً للمدعى عليه فيكتب له بسؤاله لئلا يدعي عليه الحق

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

في مجلسٍ آخر، ويلزمه الإشهاد عليه، وهل يلزمه كتب المحضر؟ فيه وجهان. وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعي وكتب: فنكل المدعى عليه عن اليمين ورد اليمين على المدعى عليه فلان ابن فلان، فحلفه القاضي فلان ابن فلان بالله الذي لا إله إلا هو أنه يستحق عليه ما ادعاه وهو كذا وكذا، وذلك في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا. وإن سأله أن يحكم له بذلك ويشهد على نفسه يلزمه ذلك فإنه حجة.

وإن سأله أن يكتب بالإشهاد على نفسه محضراً هل يلزمه؟ فالحكم على ما ذكرنا إذا ثبت بالإقرار، وهذا إذا كان عنده قرطاس من بيت المال، أو أحضر المحكوم له قرطاساً، فإن لم يكن لا يلزمه أن يكتب وجهاً واحداً.

وقال في «الحاوي»(١): إذا ثبت الحق بالبينة فهل يلزمه الإشهاد على نفسه صاحب الحق؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يلزمه لأن له بالحق بينة فلم يلزم القاضي أن يجدد له بينةً، ويكون في ذلك مخيراً.

الثاني: يلزمه كما في الإقرار؛ لأن الشهادة على نفسه مع البينة الموجودة تعديل بينته وثبوت حقه، وهذه ثلاثة أحكام لا تثبت إلا بإشهاده على نفسه.

وإن سأله أن يسجل له هل يلزمه ذلك؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا يلزمه في المحضر.

واعلم أن المحضر حكاية الحال وما جرى بينهما من الدعوى والإقرار، [١٧٢/ب] والإنكار، والبينة، واليمين، والنكول، ورد اليمين، والسجل تنفيذ ما ثبت عنده وإمضاء ما حكم به، فهذا فرق بين المحضر والسجل، فإن ذكر في المحضر تنفيذ الحكم جرى مجرى السجل في المعنى وإن خالف لفظه في الابتداء واستغنى به عن السجل، وإن ذكر له في السجل حكاية الحال جرى مجرى المحضر في المعنى وان خالف لفظه في الابتداء واستغنى به عن المحضر، وان كان الأولى أن لا يعدل بواحدٍ منهما عن موضوعه؛ لأن المقصود بالمحضر أن يتذكر أحكام ما جرى بين المتنازعين ليحكم به بموجب الشرع، والمقصود بالسجل أن يكون حجة لما نفذ به الحكم، وقد ذكرنا صفة المحضر.

وقال في «الحاوي»(٢): صفة المحضر أن يكتب: حضر القاضي فلان ابن فلان وهو يومئذ قاضي عبد الله الإمام فلان على بلد كذا في مجلس حكمه وقضائه في موضع كذا.

وقد ذكر أبو حامد أنه إن كان على إقرارٍ لم يذكر مجلس حكمه؛ لأنه ليس في الإقرار حكم بخلاف سماع البينة، وليس لهذا الفرق بينهما وجهٌ؛ لأن الدعوى لا يسمعها القاضي إلا في مجلس حكمه؛ لأنه يتعلق بالإقرار إلزام والإلزام حكم. ثم يذكر اسم المدعي واسم المدعى عليه وما جرى بينهما على ما ذكرنا، وفي السجل يبدأ

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٢٠٣). (٢) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٢٠٤).

بالشهادة كما يبدأ في المحضر بالحضور، فيكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أشهد عليه القاضي فلان ابن فلان، فإن كان خليفة القاضي كتب خليفة القاضي فلان ابن فلان، وإن كان من جهة الإمام كتب في مدينة كذا وهو يومئذ قاضي عبد الله فلان أمير المؤمنين عليها وعلى نواحيها، ويذكر ما في يده من الأعمال، وأرضه وقال: في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا أنه قد ثبت عنده [١٧٣/أ] بإقرارٍ أو شهادة فلان ابن فلان، وفلان ابن فلانٍ وثبتت عدالتهما عنده فسأل فلان ابن فلان أن يحكم له به فحكم له به وأنفذه وأمضاه، وأشهد على نفسه بذلك من حضره من الشهود. وإن كان الحاكم لا يعرف من يحكم عليه به فإنه يحكم على يمينه وكتب السجل على ما ذكرنا من اسمه ونسبه وحليته، ويكون الاعتماد على حكمه.

وقال ابن جرير الطبري: إذا لم يعرف اسمه ونسبه لا يكتب ذلك، وهكذا في المحضر لا يقول: ذكر أنه فلان ابن فلان؛ لأنه ربما يزور في ذلك وهذا غلط؛ لأن الاعتماد على الحلية، ولا يمكن أن يزور في الحلية ويغيرها. ثم إذا قلنا يلزمه كتب السجل له، أو قلنا لا يلزمه فكتب له ينبغي أن يكتب نسختين ويدفع إليه إحداهما تكون حجةً في يده وتكون الأخرى عند القاضي، ولا يختم النسخة التي يدفعها إليه ليقرأها ويدرسها ويعرضها على الشهود، ويختم النسخة التي يتركها عند نفسه ويكتب على ظهرها: خصومة فلان ابن فلان ويدعها في القمطر، والقمطر في اللغة دفتر الحساب وغيره يُصَيَّرُ ويجمع في مكانٍ واحدٍ ويعين ويشد، يقال: قمطرت الحساب قمطرةً إذا عينته وشددته، وتسمي العامة السفط الذي يجمع فيه المحاضر والسجلات قمطر، فإذا جمعها فيه ختمها بنفسه، أو قال لأمينه حتى يختمه وهو ينظر إليه، ولا يدعه يدخل يده فيه لئلا يطرح فيه شيئاً، فإذا ختمه أخذه منه ونظر فيه لئلا يختم بغير ختمه، ثم يأمر حتى يحمل إلى موضعه، فإذا كان اليوم الثاني دعا بالقمطر وأبصر الختم ثم فكه بنفسه، أو أمر أمينه به، ولا يزال يفعل ذلك حتى يتم الأسبوع، فإذا كان العمل كثيراً أو قد استجمعت كتب كثيرة شدها [١٧٣/ب] وعزلها وكتب عليها: كتبت أسبوع كذا، أو خصومة أسبوع كذا في شهر كذا من سنة كذا، فإذا مضت السنة جمعها كلها في موضع واحدٍ وشدها وكتب عليها: كتبت سنة كذا، أو خصومة سنة كذا، لتكون كتب كل سنةٍ وكل شهرٍ مفردة، فإذا احتاج إليه سهل طلبه والوصول إليه، فلا يذهب وقته ولا يتقاعد عن الاجتهاد في الأحكام.

وقال بعض أصحابنا: إذا كان السجل في الإقرار فلا يكتب فأقر به في مجلس حكمي؛ لأن الإقرار يصح من غير مجلس الحكم، وإذا كان بالبينة يكتب: وذلك في مجلس حكمه وقضائه؛ لأن البينة لا تُسمع إلا في مجلس الحكم، ويكتب الحاكم في محضر الإقرار علامته على رأسه الحمد لله رب العالمين ونحو ذلك، ويكتب في آخر المحضر عند سماع الشهادة: شهدا عندي بذلك، وفي أعلى المحضر علامته على ما ذكرنا.

وفي محضر التحليف يكتب: وذلك في مجلس الحكم؛ لأن الاستحلاف لا يكون إلا في مجلس الحكم، وكذلك في الحكم بالنكول ورد اليمين، وفي السجل بالحكم بالحق لا يحتاج أن يذكر محضراً من المدعى عليه؛ لأن القضاء على الغائب جائز، فإذا أراد أن يذكره احتياطاً قال بعد أن حضره فأساغ له الدعوى عليه.

وقال في «الحاوي»(١) في هذا الفصل: اعلم أن القضاء هو الفصل لانقضاء التنازع، قال الله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٢] الآية، والذي يجب على القاضي في نظره ثلاثة أمورٍ: **أحدها**: فصل التنازع بين الخصوم.

والثاني: التوثقة فيما ثبت عنده من الحقوق. **والثالث**: حفظ ما حصل عنده من الحجج والوثائق. **أما الأول** فله حالتان: إحداهما: أن يكون الحكم فيه واضحاً فيعجل فصله في الوقت المألوف من زمان نظره، ولا يلزمه في الليل وأوقات [١٧٤/أ] الاستراحة، ولا يجوز له مع المكنة أن يؤخره، فإن أخره أثم إلا أن يحلله الخصوم، فإن اتفق الخصمان على تأخيره لم يكن له تعجيله، وإن دعا أحدهما إلى التعجيل عجل.

والثانية: أن يكون الحكم فيه مشتبهاً فهو على ضربين: **أحدهما**: أن يكون الاشتباه لاختلاط الدعوى فينبغي أن يأخذها بكشف المشتبه ولا يعجل في الفصل والأمر في كشفه موقوف عليهما، فإذا كشفاه فصل.

والثاني: أن يكون الاشتباه لإشكال الحكم على القاضي لاحتماله عنده، فينبغي أن يقف الحكم على اجتهاده فيه ومشاورته الفقهاء في وجه صوابه، ولا يعجل بفصله مع الاشتباه، وإذا بان اجتهاده لا يؤخره.

وأما الثاني: وهو التوثقة فلا يخلو ثبوت الحق عنده من أحد ثلاثة أضربٍ:

أحدها: أن يثبت بإقرار المدعى عليه، فإذا سأله أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده يلزمه. **والثاني**: أن يثبت باليمين مع النكول فيلزمه الإشهاد أيضاً، وإن سأل كتب المحضر فقد ذكرناه. **والثالث**: أن يثبت بالبينة، فإن سأل الإشهاد فقد ذكرنا وجهين.

وأما الثالث: فقد ذكرنا كيف يحفظ المحاضر والسجلات.

مسألة: قَالَ(٢): «وَلاَ يَقْبَلُ مِنْ ذَلِكَ وَلاَ مِمَّا وَجَدَ فِي دِيَوانِهِ إِلاَّ مَا حَفِظَهُ».

الفصل

جملة هذا: أنه إذا تقدم اثنان إلى الحاكم وادعى أحدهما على الآخر حقاً فأنكر فادعى المدعي أن له حجة في ديوان القاضي، فالقاضي يخرج ذلك، فإن لم يذكره ولا شهد عنده به شهود ولكنه وجد عليه خطه وختمه لا يجوز لَه أن يحكم به، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد، وأحمد في رواية.

وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: يجوز له أن يحكم به وهو رواية أخرى عن أحمد،

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦/ ٢٠١).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

وهذا لا يصح؛ لأن الحكم أقوى من الشهادة؛ [١٧٤/ب] لأن الشاهد يخبر والحاكم يلزم، ثم لا يجوز للشاهد أن يشهد لوجود خطه إذا لم يكن ذاكراً له فالحاكم أولى.

قالوا: إذا كان في قمطرة وتحت ختمه لا يحتمل إلا أن يكون صحيحاً، قلنا: يجوز أن يزور على خطه وختمه، والخط يشبه الخط. وذكر القفال عن أبي يوسف: أن له أن يشهد على الخط أيضاً وفيه نظر. فإن قيل: أليس قلتم إذا وجد بخط أبيه ديناً على رجل في دفتر حسابه له أن يدعيه ويحلف عليه فما الفرق؟ قلنا: قال أصحابنا: يراعى الاحتياط في الحكم والشهادة، فلا يحكم فيهما إلا بالعلم، وفي المعاملة يكفي عليه الظن، ولهذا يقبل خبر الواحد فيها وهذا ضعيف؛ لأن الحاكم يحكم بشهادة شاهدين ويمين المدعي عند الرد، وإن كان قبلنا ذلك. والأولى أن يقال: إذا أمكنه الرجوع فيما حكم به إلى ذكر نفسه؛ لأنه فعل نفسه فروعي فيه ذلك، وأما ما كتبه أبوه فلا يمكن الرجوع فيه إلى اليقين، فيكفي فيه غلبة الظن، وكذلك إذا وجد الإنسان بخط نفسه حقاً على الرجل فلا يطالب به ولا يحلف عليه إلا أن ينفيه.

مسألة: قَالَ[1]: «وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَهُ شُهُودٌ أَنَّهُ حَكَمَ بِحُكْمٍ فَلاَ يُبْطِلُهُ وَلاَ يُحِقُّهُ إِذَا لَمْ يَذْكُرْهُ».

اعلم أنه إذا ادعى رجل على رجلٍ حقاً عند الحاكم وادعى أنه أقر به عنده نظر، فإن كان له بينة تشهد أنه أقر له عنده حكم به عليه وإن لم يذكره؛ لأن البينة لو شهدت بإقراره مطلقاً في غير مجلس الحكم حكم بها فههنا أولى أن يحكم بها، وإن لم يكن له بينة فذكر الحاكم أنه أقر له به عنده فهل يحكم بعلمه؟ قولان على ما سنذكره، وإن ذكر المدعي أنه حكم له بالحق عليه حاكم غيره، فإن أقام بينةً [١٧٥/أ] على ذلك ألزمه الحاكم الحق وأنفذ الحكم، وإن لم يكن له بينة وادعى على الحاكم والحاكم لا يعلم ذلك هل يحكم بعلمه؟ فعلى ما ذكرنا من القولين، وإن ادعى أنك أيها الحاكم حكمت لي عليه بهذا الحق نظر، فإن تذكره ألزمه إياه وإلا يكون هذا حكماً بالعلم، وإنما هو إمضاء ما حكم به، وإن لم يذكره القاضي فشهد عنده شاهدان على حكمه لم تقبل الشهادة على فعل نفسه، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف.

وقال ابن أبي ليلى، ومحمد، وأحمد؛ يقبل؛ لأنهما لو شهدا عنده أن غيره حكم به يقبل، فكذلك إذا شهدا عنده بحكمه وجب أن يحكم لأنهما شهدا بحكم حاكم وهذا لا يصح؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى الاحتياط والعلم في نفسه فلا يرجع إلى الظن، كالشاهد إذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان أنه شهد بذلك لم يكن له أن يشهد، ويخالف حكم غيره؛ لأنه لا يمكنه أن يرجع إلى العلم واليقين فيه، ولهذا نقول: من شك في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً يبني على الأقل؛ لأنه اليقين، ولا يعمل على قول المأمومين. فإن قيل: أليس النبي ﷺ قبل قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في خبر ذي اليدين حين سلم

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤٣).

في صلاته من ركعتين؟ قلنا: عمل على يقينه ولكنه تذكر عند قولهما.

فإذا تقرر هذا قال الشافعي رضي الله عنه: إلا أن الحاكم إذا لم يتذكر لا يجوز له أن يبطله، ولا يجوز له أن يحقه، ولكنه يتوقف عنه حتى لو رفع إلى حاكم آخر يمضيه وجوباً. فإن علم حاكم آخر أنه أنكره فلا ينبغي له أن يقبله، وأراد به أن الحاكم إذا لم يعلم وأنكر أن يكون حكم به ثم رفع إلى غيره لا يجوز له أن أن يمضيه؛ لأنه بالإنكار قد كذب الشاهدين اللذين يشهدان [١٧٥/ب] بحكمه.

ومن أصحابنا من قال: إذا شهد عند الثاني شاهدان أن الأول توقف على الحكم لم يجز للثاني أن يحكم به؛ لأنه يمضي حكمه على حكم الأول، فهو فرع له، فإذا ثبت أن الأصل توقف فيه لم يجز للفرع أن ينفذ، كما لو شهد شهود الفرع عند الحاكم ثم قامت البينة أن شاهدي الأصل توقفا عن الشهادة لا يحكم بشهادة شهود الفرع، فأما إذا توقف نفذه الثاني، ولهذا قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ: الأول لا يبطله ولا يحقه حتى يجوز له من بعده تنفيذه، وهكذا ذكر القفال رحمه الله من غير شبهةٍ، وقيل: فيه وجهان.

وقال أبو بكر الأزدي: لا يحكم به الثاني؛ لأن توقفه أورث تهمةً وشبهةً، وهذا أيضاً غلط لما ذكرنا من النص. وقال بعض أصحابنا: وهكذا رواية الإخبار لا تجوز عندنا بأن يرى سماعه في كتابٍ من كتب الحديث ما لم يحفظه على وجهه من يوم سمعه إلى يوم رواه. وإن كان نسي فالآن يتذكر بالحديث على وجهٍ فيروى. ومعنى قولنا: «يحفظ على الوجه» أي الألفاظ التي يختلف الحكم باختلافها، فأما إذا روى له إنك رويت لنا كذا عن فلانٍ، فإن له أن يروي ذلك، كما كان سهيل بن أبي صالح يقول: حدثني ربيعة بن أبي عبد الرحمن عني عن أبي هريرة؛ لأنه كان يروي لربيعه حديثاً ثم نسيه، فرواه له ربيعة عن نفسه.

وفي الحقيقة لا فرق بين المسألتين لأن وزان هذا أن يقول الحاكم: قد شهد فلان عندي أني حكمت بكذا فلا يضر أن يقبل ويكتب السجل هكذا، وإنما لا يجوز أن يسمع مثل هذه الشهادة، ثم يقول: حكمت على فلان بكذا، أو يمضي الحكم الأول فيأخذ به الحق.

وقال بعض أصحابنا في [١٧٦/أ] الأخبار: إن غاب عنه كتاب الحديث لا يجوز له أن يروي بحفظه لاحتمال أنه زيد فيه، وإن لم يغب عنه ذلك جاز أن يرويه بخطه وإن كان لا يتذكر بخلاف الشهادة؛ لأنه يشترط في الشهادة ويشدد فيها ما لا يشترط في الرواية ولا يشدد، ألا ترى أنه يقول: حدثنا فلان عن فلانٍ، ولو قال: حدثني فلان عن فلانٍ أنه يشهد لم يقبل.

[ق٢أ]

باب ما يكون قذفاً وما لا يكون قذفاً

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ وَلَدَتْ امْرَأَتُهُ وَلَداً فَقَالَ: لَيْسَ بِابْنِي فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ».

الفصل:

إذا أظهرت امرأة الرجل ولداً فقالت: هذا ولدته وهو منك فقال: هذا الولد ليس مني أو ليس بابني لم يكن قاذفاً بهذا القول ولا نافياً نسب الولد، لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يكن صريحاً فيه، فرجع إليه فيه وقلنا له: ما أردت بذلك فإن قال: أردت به القذف فهو كما قال ابتداءً هذا لولد من زنا وليس مني وقد مضى حكمه، وإن قال: أردت أن لايشبهني خُلقاً وخَلقاً نُظر، فإن صدقته المرأة لم يلزمه شيء، وإن كذبته وقالت: أردت القذف فالقول قول الزوج مع يمينه، فإن حلف سقطت دعواها، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين عليها، فإن حلفت حكم بأنه قاذف ولزمه الحد إلا أن يقيم البينة على أنها زنت أو يلاعن، وإن قال: أردت أن الولد من زوج آخر، فإن لم يعرف لها زوج قبله والولد لاحق به إلا أن ينفيه باللعان؛ لأنه اعترف بأن الولد منها فلحقه بالفراش، وإن عرف لها زوج قبله لا يخلو إما أن يعرف وقت الطلاق وقت انقضاء العدة وقت النكاح الثاني أو لا يعرف ذلك، فإن عرف ذلك فإن كان دون ستة أشهر من حين تزوج بها فالولد للأول، وإن كان لستة أشهر فصاعداً فهو لاحق بالثاني إلا أن ينفيه باللعان، وإن لم يعرف ذلك وأشكل الأمر فلا يلحق به الولد، والقول قوله مع اليمين إلا أن يقيم البينة على أنها أتت به وهي زوجته لوقت يمكن أن يكون منه ويقبل فيه أربع نسوة (ق٢ب) أو شاهدان أو شاهدٌ وامرأتان، فإذا قامت على ذلك لحق به إلا أن ينفيه باللعان وفي صفة يمينه وجهان:

أحدهما: يقول: والله ما هذا الولد مني.

والثاني: يقول: والله لقد ولدته لزمان يستحيل أن يكون مني. والحلف على أنه من الزوج الأول بلا خلاف؛ لأن يمينه للنفي عنه لا للحوقه بغيره، فإن حلف كان منفياً عنه باللعان، فإن نكل ردت على الزوجة ويمينها أن يحلف أن هذا الولد منه ما هو من غيره وجهاً واحداً؛ لأنها في ذلك على يقين، فإذا حلفت لحق الزوج وله نفيه باللعان، وإن نكلت هل يوقف حتى يبلغ الولد فيحلف؟ وجهان بناءً على القولين في رد اليمين على

---

(١) انظر الأم (٤/١٦٩).

الجارية المرهونة إذا ادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن وأنكره المرتهن ونكلا عن اليمين هل تحلف الجارية؟ قولان:

فإذا قلنا: يوقف فبلغ، فإن حلف يلحق به إلا أن ينفيه باللعان، وإن لم يحلف كان منفياً عنه بلا لعان، وإن عرف لها زوج وأتت به لوقت يمكن أن يكون من الأول ويمكن أن يكون من الثاني بأن تضعه لأربع سنين فما دونه من طلاق الأول ولستة أشهر فصاعداً من عقد الثاني ولم تقر باقتضاء العدة يرى القافة فإن ألحقه بالأول انتفى عن الثاني بلا لعان. وإن ألحقوه بالثاني لحق به ولا ينتفي عنه إلا باللعان، وإن لم يكن قافة وقف إلى زمان الانتساب وفيه قولان:

أحدهما: إلى استكمال سبع سنين اعتباراً لحالة التخيير بين الأبوين.

والثاني: إلى البلوغ اعتباراً بأن يكون لقوله حكم. فإن انتسب إلى الثاني لم ينتف عنه إلا باللعان، وإن قال: أردت أنها لم تلده وإنما التقطته أو استعادته فإن صدقته أو كذبته، كان الحكم على ما ذكرناه من أن القول قوله مع يمينه وعليها البينة أنها ولدته، فإن لم يكن بينة (ق٣أ) حلف ولم يلحق به الولد، وليس للولد بعد بلوغه تحديد الخصومة والاستلحاق.

قال أصحابنا: وصورة يمينه أنها ما ولدته. وقيل: قياس المذهب أن يحلف أنه لا يعلم أنها ولدته لأنها يمين على نفي فعل الغير، وإن نكل عن اليمين حلفت أنها ولدته ولا يحتاج أن تحلف أنه منه، فإن حلفت ثبتت الولادة ولحق الولد به بالفراش إلا أن ينفيه باللعان، فإن نكل عن اليمين هل يتوقف إلى أن يبلغ الولد؟ وجهان على ما ذكرنا، وكلامه ههنا يدل على أنه لا يتوقف وإن كان هناك قافة هل يرجع إليها في إلحاقه بها إذا لم يكن لها بينة على الولادة؟ وجهان:

أحدهما: يرجع إليها فإن ألحقوه بها صار كالبينة على ولادتها فلحق به إلا أن ينفيه باللعان.

والثاني: لا يرجع إلى القافة في ذلك؛ لأن الولد من جهة الأم يمكن أن يعلم قطعاً ويقيناً فلا يجوز استعمال الاستدلال، وعليه الظن فيه بخلاف الأب يلحق به بقول القافة، لأن إلحاق الولد بالأب أبداً بالاستدلال ثم إذا كان إلحاقه بالزوج بكل حالٍ يلحق بالأم وحدها لاعترافها بولادته؟ ينبني على دعوى المرأة وفيها ثلاثة أوجه ذكرناها، ولا يتصور في مسألتنا إلا وجهان؛ لأن لها زوجاً والمنصوص في كتاب التقاط في المنبوذ أنه لا يحلق بها لأن من لحوقه بها إلحاق بزوجها.

فإن قيل: أليس الأصول منهية على أنه لا يحلف شخص لحق شخص آخر، وإنما يحلف الرجل لحق نفسه ولهذا لم تستحلف الوكلاء والأوصياء والقوام، فلم أحلفتم الأم لإثبات نسب الولد، وهذه يمين شخص في حق شخص؟

قلنا: حقيقة يمينها راجعة إلى ولادتها على فراشه، ثم إذا ثبت ولادتها على فراشه ترتب النسب على الولادة، ألا ترى أن النسب لا يثبت بشهادة النساء لكن إذا (ق٣ب) شهدت أربع نسوة على أنها ولدت على فراشه تثبت الولادة بشهادتين، ثم يترتب النسب على الولادة، فإن قيل: قد قلتم في «كتاب الطلاق» يقبل قول المرأة على زوجها في الحيض، وفي الولادة أيضاً على أحد الوجهين وقلتم ههنا لا يقبل قولها إلا بينةٍ قولاً واحداً فما الفرق؟ قيل: الفرق أن ههنا تتعلق دعواها لحق ثالث وهو الولد وإلحاق نسبه فلم يقبل إذا اختلفا إلا ببينة، ولهذا قلنا: لا يقبل قولها في الحيض فيما يتعلق بحق ضرتها إذا قال: إن حضت فأنت طالق وضرتك، فقالت: قد حضت وكذبها يقع الطلاق عليها دون ضرتها، وهناك لا يتعلق بحق ثالث فافترقا.

قال القفال: فإن قال قائل: قال الشافعي في امرأة أتت بولد بعد البينونة لأكثر من أربع سنين وادعت أن الزوج راجعها أو وطئها بشبهة فالولد منه، فالقول قوله أنه لم يراجعها ولم يطأها، فإن نكل لم تحلف المرأة ههنا فما الفرق؟ قلنا: من أصحابنا من جعل المسائل كلها على قولين هل ترد اليمين عليها أم لا؟ ومنهم من فصل بأنه في مسألة دعوى الاستعادة أو كون الولد من زوج قبله لنقصان المدة فراشاً قائماً في الحال فيحلف على ثبوت النسب بعد وجود سببه، وفي دعواها وطء شبهة الفراش مرتفع في الظاهر، وإنما تدعي سبباً حادثاً من رجعةٍ أو طيء شبهةً فلا يقبل قولها. قال القفال: وعندي مسألة دعوى نقصان المدة كمسألة دعواها المراجعة وهو ينكر أنها أتت به على فراشه.

فأما مسألة دعوى الاستعادة فتحالفها لما ذكرناه، ولو قال: أنا عقيم، وهي عقيمة وليس الولد مني، قيل له: هذا ظن. وهكذا لو قال: هي عاقر (ق٤أ) لأنه يجوز أن تلد العاقر ويولد للعقيم، وهذا نبي الله تعالى زكريا ﷺ قال: ﴿رَبِّ أَنَّىٰ يَكُونُ لِي غُلَٰمٌ﴾ [مَريـَم: ٨] وقد بلغني الكبر ﴿وَكَانَتِ ٱمۡرَأَتِي عَاقِرًا﴾ [مَريـَم: ٨] فأجابه الله تعالى: ﴿قَالَ رَبُّكَ هُوَ عَلَيَّ هَيِّنٌ﴾ [مَريـَم: ٩] فجاءها الولد بعد اليأس فإذا صدقها على الولادة لا ينتفي عنه بهذا القول إلا أن ينسبه إلى وطء رجل على فراشه مما يجوز أن يلاعن عليه فينتفي عنه بلعانه.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ قَالَ لَهَا: مَا هَذَا الحَمْلُ مِنِّي وَلَيْسَتْ بِزَانِيَةٍ وَلَمْ أُصِبْهَا» قِيلَ: قَدْ تُخْطِيءُ فَلَا يَكُونُ حَمْلاً فَيَكُونَ صَادِقاً وَهِيَ غَيْرُ زَانِيَةٍ فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ».

الفصل:

إذا قال لها: هذا الحل ليس مني ولست بزانية ولم أصبك قلنا له: يجوز أن يكون

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٠).

ريحاً فسفس فلا يكون حملاً فتكون أنت صادقاً في قولك وتتربص حتى تستيقن أنه حمل، فإذا استيقنه الولادة قلنا له: يجوز أن يكون قد أخذت واستدخلتها فحملت منك فتكون صادقاً في قولك ما وطئتها ويكون الولد منك وإن لم يقل ذلك وأصر على نفيه.

قال الشافعي[١] ههنا: قلت له: إن قذفت لاعنت. وظاهر هذا يدل على أنه لا يصح اللعان حتى يتقدمه قذف، وقال بعد هذا: وإن قذفها لاعنها، وقال أيضاً: وإنما أوجب الله تعالى اللعان بالقذف فلا يجب بغيره. وهذا أيضاً يدل على أنه يلاعن إذا قدم القذف وإلا فلا يلاعن، وقال بعده: ولو قال: لم تزن هي ولكنها عصت لم تنفِ عنه إلا باللعان. فأجاز اللعان من غير قذف.

وبيان المذهب فيه أنه مسائل:

أحدها: إذا قال: ما هذا الحمل مني وليست هي بزانية فهذا لا يلاعن بهذا القدر من الكلام؛ لأن الولد يلحق به بالفراش، فإذا قال: (ق٤ب) ليس مني لم يقبل منه حتى ينسبه إلى وطيء غيره لا يلحق بوطيء نسب.

والثانية: أن يقول له: ما هذا الولد مني هو ولد زنى من فلان بعينه، فهذا يلاعن قولاً واحداً، ومثل هذا كانت قضيةَ هلال بن أُمية.

والثالثة: أن يقول: هو ولد زنى ولم يقل من فلان بعينه فله اللعان أيضاً، ومثل هذا كانت قضية العجلاني.

والرابعة: أن يقول: ما هذا الولد مني وإنما هو من فلان وطئها بشبهة بأن وجدها على فراشه فظنها زوجته وهي ظنت أنه زوجها، لا يكون قاذفاً لهما ولا يجب الحد، فإن كان حملاً لا يلاعن لجواز أن يكون ريحاً على ما ذكرنا.

فإذا وضعته، قال أبو حامد، وجماعة: لا يلاعن قولاً واحداً؛ لأنه وطيء شبهة يجوز لحوق الولد به إن ألحقته القافةَ به فينتفي عنه بغير لعان، وإذا أمكن نفي النسب بغير لعان لم يجز أن يلاعن لنفيه لولد الأمةَ لما جاز أن ينتفي بدعوى الاستبراء لم يلاعن، وهذا لا يصح لأنه يجوز أن ينكر فلان المرمى به الوطء فلا يلحقه الولد، ولو أقر بالوطيء يجوز أن لا تلحقه القافةَ به، والصحيح أن يقال: ينظر فإن أقرّ فلان بوطئها وصدقه على ما قال، فلا لعان، وتدعى له القافة، فإن ألحقوه بالمرمى بوطئها انتفى عن الزوج بلا لعان، وإن ألحقوه بالزوج اضطر إلى نفيه باللعان، وهل يجوز لعانه منه بغير قذف؟ قولان:

أحدهما: وهو الأصح، وبه قال أبو إسحاق يصح، لأن هذا الوطء مفسدة لفراشه كالزنى فكان له اللعان، ولأنه إذا اعترف أنهما لم يزنيا لا يجوز أن يكذب عليهما في رميهما بالزنى، فعلى هذا يقول في لعانه: أشهد باللّه، أني لمن الصادقين فيما رميتها به

---

(١) انظر الأم (١١٦/٥).

من إصابة غيري لها على فراشي (ق٥أ) وأن هذا الولد من تلك الإصابة ما هو مني، فإذا أكمل لعانه انتفى عنه النسب ولم تلاعن المرأة بعده؛ لأن هذا اللعان لا يوجب الحد عليها؛ لأنه قد أثبت وطء شبهة لا يوجب الحد، ولعانها مقصور على إسقاط الحد، وهو اختيار مشايخ خراسان.

والثاني: وبه قال المزني وهو مخرج من كلام محتمل للشافعي أنه لا يجوز أن يلاعن منه حتى يتضمنه قذف يوجب الحد؛ لأن اللعان مقام خزي فلم يجز إلا أن يكون مثله، ولأن فحوى الكتاب ونص السنة جاءت بمثله، فعلى هذا في كيفية قذفه وجهان:

أحدهما: تصريح الزنى حكاه أبو حامد.

والثاني: لمعارض الزنى كقوله: فجرت بوطيء غيري، أو وطئت وطئاً حراماً لئلا يصرح بتكذيب نفسه، وهذا أشبه، فإن وقع الاقتصار منه على معاريض القذف بتلفظ في لعانه كقوله: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من وطء الفجوز، أو من وطء الحرام، وأن هذا الولد ما هو مني ولا يلزمها أن تلاعن بعده سواء أضاف الفجور إليها أو إلى الواطيء، لأنه كتابه لا يوجب الحد، وإن قلنا: لا بد من القذف الصريح، فإن قذفها لاعن ولا عنت.

وقوله في الأول: لا أقذفها لا يمنع من قذفها، لأن الرجل قد يمتنع عن قذف شخص ولو قذفه كان صادقاً، وإن قذفه دونها لاعن ولم تلاعن بعده، وإن قذفها دونه لاعن ولاعنت بعده؛ لأن لعانه من قذفها موجب للحد عليها فلم يسقط إلا بلعانها، ولعانه من قذف الواطيء وحده موجب للحد عليها فلم يحتج فيه إلى اللعان.

والخامسة: أن يقول: وطئك فلان بشبهة وكنت عالمة بأنه أجنبي، فههنا قذفها دونه فيجوز على مذهب الشافعي (ق٥ب) أن يلاعن لنفي النسب وسقوط الحد؛ لأن هذا الوطء مفسد لفراشه على ما ذكرنا.

وقال أبو حامد: لا يلاعن لنفي النسب؛ لأنه وطء شبهة وفي حق الرجل يوجب لحوق الولد به إن ألحقته القافة فينتفي عنه بغير لعان، وقد أبطلنا هذا.

والسادسة: أن يقول فلان: أكرهك على الوطء، أو وطئك وأنت نائمة ولست بزانية، وما هذا الولد مني، فههنا قذفه ولم يقذفها يجوز أن يلتعن بهذا القذف وينفي ولدها سواء سمي المكره أم لا.

وحكى المزني في جامعه الكبير: إن سمي المكره لاعن، وإن لم يسمه لا يلاعن لأن الحد يجب عليه إذا سماه ولا يجب إذا لم يسمه. واللعان عندنا لا يجوز إلا في قذف يوجب الحد، قال الإمام صاحب «الحاوي»[1] نظرت في جامعه الكبير فلم أره مصرحاً بذلك، وإن كان كلامه محتملاً، فإن صح عنه هذا فهو باطل لأمرين:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٨٧).

أحدهما: أن تسمية المقذوف [ليست][(١)] من شروط اللعان ولاسقوط الحد بمانع من لعانه من نفي النسب كما في المجنونين، إذا قال: زنا هذا المجنون بهذه المجنونة وما هذا ولدي.

والثاني: أنه لما كان هذا الوطء في إفساد الفراش كغيره وجب أن يساويه في نفس النسب بلعانه.

وقيل: فيه قولان أيضاً؛ لأنه تجرد عن قذف أحد الواطئين كما لو لم يقذف الواطىء وقذفها على ما ذكرنا وهذا لا يصح، وأراد الشافعي[(٢)] بالقذف حين قال: «إن قذفها لاعنها» أن لا يقتصر على قوله ليس مني حتى ينسبه إلى وطء لا يلحق به النسب؛ لأن المقصود أن يُبرأ بلحق الولد جهةً محتملةً.

واعلم أن المزني نقل منها في أثناء المسائل. ولو نفى ولدها، وقال: لا ألاعنها ولا أقذفها لم يلاعنها ولزمه الولد.

وقال أبو إسحاق (ق٦٦أ) قال في الأم[(٣)] بخلاف ما حكاه المزني قال فيه: «ولو نفى ولدها، وقال: ألاعنها ولا أقذفها لم يلاعن، وهذا هو الصحيح وذلك غلط من المزني في النقل وتعليله يدل عليه؛ لأنه قال بعده؛ وإذا قذفها لاعنها لأنه إذا لاعنها بغير قذف فإنما يدعي أنها لم تلده، فدل أن المسألة الأولى إذا أراد اللعان وامتنع من القذف كما ذكره في «الأم» ومن هذا قال بعض أصحابنا: إنه لا بد من قذف يوجب الحد، وقد ذكرنا أن الصحيح خلاف هذا والمراد باعتبار الفرق ما ذكرنا.

فرع

لو قال: رأيت رجلاً يطأها ثم قال: عنيت زوجها قُبل وحلف، فإن نكل حلفت بالله أنه أراد قذفها فيحد، وإن لم يقل شيئاً، وقال: ما نويت بقول آخِراً فيه وجهان:

أحدهما: لا شيء عليه.

والثاني: أنه يحلف أنه أراد قذفها فيحد.

مسألة:

قَالَ[(٤)]: «وَلَوْ قَالَ لابْنِ المُلَاعِنَة لَسْتَ بابْن فُلَانٍ أُحْلِفَ مَا أَرَادَ قَذْفَ أُمِّهِ

الفصل:

إذا قذف زوجته ونفى الولد فقال لهذا الولد: لست بابن فلان لم يكن قاذفاً لابنه،

---

(١) ما بين المعقوفتين ليست في نسخة الحاوي المطبوعة.
(٢) انظر الأم (٥/ ١١٦).
(٣) انظر الأم (٥/ ١١٦).
(٤) انظر الأم (٤/ ١٧١).

لأنه لفظ يحتمل القذف وغيره، وهو أنه يريد أن ثلاثاً قذفناك فلست بابنه، فإذا لم يكن قاذفاً سألناه عن مراده، فإن قال: أردت أن أمه أتت به من زنى فقد قذف أمه، فإن كانت محصنة يلزمه الحد، وإن كانت نصرانية أو أمة فعليه التعزير، وإن قال: ما أردت أن أمه زنت وإنما أردت أن أباه قد نفاه باللعان نظر، فإن صدقته أمه فيما فسره فلا شيء عليه، وإن كذبته وقالت: هل أردت قذفي؟ فالقول قول لأنه أعرف بنيته، فإن حلف بريء من الحد ولكنه يعزر للأذى؛ لأنه ليس له أن يحدد عليه ذكر نفيه، وإن نكل رددنا اليمين عليه، فإن حلف ثبت أنه قذفها فإما أن يكون عليه الحد (ق٦ب) إن كانت محصنة أو التعزير إن لم تكن محصنة، ثم قال الشافعي: ولو قال ذلك بعد أن أقَرَّ به الذي نفاه وحُدَّ إن كانت امرأته حرة إن طلبت الحد والتعزير إن كانت نصرانية أو أمة، فجعل هذا قذفاً لأمه في الظاهر إذا كان الملاعن أكذب نفسه واستلحق نسبه.

قال المزني: قد قال في الرجل يقول لابنه: لست بابني أنه ليس بقاذف لأمه حتى يسأل، لأنه قد يمكن أن يعزيه إلى حلال.

واختلف أصحابنا فيه على طرق:

إحداها: أنه ينقل الجواب من كل واحدةٍ من المسألتين إلى الأخرى فيخرج على قولين، واختار المزني لا يكون قذفاً فيهما للاحتمال.

والثانية: أنه يحتمل النصان على ظاهرهما ففي الأجنبي يكون قذفاً لها بخلاف الأب، والفرق أن الأب لا يستغني عن تأديب ولده تارة بالكلام وتارة بالضرب، فربما يقول: هذه المقالة ومراده زجر وتأديب وتغليظ عليه، فلهذا جعلناه من جهته كناية. وأما الأجنبي فقد أغناه الله تعالى عن مخاطبة ولد الأجنبي بمثل هذه المقالة فجعلنا منه قذفاً صريحاً ظاهراً، وهذا اختيار القفال وهو حسن.

والثالثة: أنه لا فرق بينهما ويكون قذفاً منهما في الكلام، والذي قاله المزني في الأب إذا قال ذلك قبل استقرار نسبه حال وصفه، فإنه يحتمل أن يكون معناه أنها لم تلد ولكنها استعادته أو التقطته، وإن قال الأب ذلك بعد استقرار نسبه يكون قذفاً لها. ويحكى هذا عن أبي إسحاق.

والرابعة: أنه لا فرق بينهما ويكون كناية معاً في الظاهر، يحكى هذا عن أبي إسحاق وهو ضعيف؛ لأن الشافعي فرق بينها وبين ذلك بعد الاستلحاق أو قبل الاستلحاق وفي كونه كناية لا فرق.

فإذا تقرر هذا وجعلناه قذفاً لها في الظاهر (ق٧أ) من الأجنبي فقال: أردت أنك لم تكن ابن فلان حين قال بلعانه، وإن صرت ابناً له بعد الإقرار يُقبل مع يمينه ولا يلزمه الحد لإمكان ما قال، فإن قيل: أليس لو قال: يا زانية ثم قال: أردت زنى العين لم يُقبل؟ قيل: لأنه قذف صريح في الظاهر والباطن فلم ينو، وههنا تعريض بقذف في الظاهر دون الباطن فجاز مع الاحتمال أن ينوي. وإن كان الابن ثابت النسب لم يجز عليه لعان يقال:

أحس هذا كان قذفاً في الظاهر والباطن لأنه لا احتمال فيه، نص عليه الشافعي.

وحكى المزني عنه في الأب أنه إذا قال لابنه: لست بابني لا يكون قذفاً فاختلف أصحابنا فيه على طرق:

أحدها: فيها قولان:

أحدهما: أنه صريح منهما بالقذف.

والثاني: لا يكون صريحاً لأنه يحتمل أنه ليس ابنه للاختلاف في الأفعال والأخلاق، فعلى هذا ماذا حكمه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون قذفاً في الظاهر دون الباطن اعتباراً بالأغلب من حاليه، فعلى هذا يؤاخذ بالحد إلا أن يقول: لم أرد به القذف وحلف.

والثاني: أنه كناية ينوي فيه ولا يحد إلا أن يريد به القذف بخلاف المستلحق، والفرق أن المستلحق لما اعتل نسبه باللعان صار الظاهر من نفيه قذف ابنه وغيره لم يعتل نسبه، فصار الظاهر من نفيه مخالفة أبيه في أفعاله وأخلاقه.

والثانية: وهو اختيار ابن أبي هريرة يحمل المصاف على ظاهرهما والفرق ما ذكرنا.

والثالثة: الذي قال لا يكون قذفاً إذا لم يكن عند ولادته قبل استقرار نسبه فلا يكون قذفاً منهما والذي قال: يكون قذفاً منهما والفرق أن النسب ضعيف قبل استقراره بخلاف ما بعد استقراره وهو اختيار أبي إسحاق.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا نَفَيْنَا عَنْهُ وَلَدَهَا بِاللِّعَانِ، ثُمَّ جَاءَتْ بَعْدَهَا بِوَلَدٍ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ مَا يَلْزَمُهُ (ق٧ب) لَهُ نَسَبُ «وَلَدِ» المَبْتُوتَةِ فَهُوَ وَلَدُهُ إِلَّا أَنْ يَنْفِيَهُ بِلَعَانٍ».

إذا قذف زوجته ونفى النسب ثم أتته بولد بعد هذا النفي لا يخلو إما أن يكون لاعن على الولد أو على الحمل، فإن كان لعانه على الولد مثل أن يقذفها وهي حامل فلم يلاعن حتى وضعت ثم لاعنها ونفاه، أو قذفها بعد الوضع ونفاه ثم أتت بولدٍ بعد هذا الولد لا يخلو إما أن تأتي بالثاني لدون ستة أشهر من وضع الأول أو لستة أشهر، فإن كان لدون ستة أشهر فهو الأول حمل واحد؛ لأن الله تعالى أجرى العادة إذا كان بينهما دون ستة أشهر أن لا يكونا إلا من ماء رجلٍ واحدٍ ولا يجوز أن يكونا من ماء رجلين، فإن أراد نفي الثاني فعليه أن يلتعن حتى ينفيه؛ لأنه أفرد ففي الأول باللعان فلا يكون نفياً للثاني احتياطاً للنسب، فإنَّا إذا عرضنا عليه اللعان ربما يمتنع فيلحقه الولدان جميعاً، ولهذا نقول: يلحق النسب بالإقرار وبما يستدل به على الإقرار من السكوت

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٢).

وغيره، ولكن لا ينفي إلا بالصريح. وإذا لاعن ثانياً لنفي الولد الثاني هل يحتاج إلى ذكر الولد الأول في لعانه؟

قال بعض أصحابه بخراسان: فيه وجهان؛ الأشهر أنه يحتاج إليه والأقيس عندي أنه لا يحتاج إليه، وإن لم ينفه ولكنه سكت أو استلحق الثاني لحقه الأول معه؛ لأنه لا يجوز أن ينفي بعد الحمل دون بعض، وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً من حين وضعت الأول فالثاني حمل ثانٍ؛ لأن الله تعالى أجرى العادة إذا كان بينهما ستة أشهر أنهما حملان، فيصح أن ينفي أحدهما دون الآخر، ثم نظر فيه، فإن نفى الثاني باللعان فلا كلام، وإن سكت أو استلحق لم يلحقه الأول؛ لأنهما حملان فيصح نفي أحدهما دون الآخر، هذا كله إذا كان (ق٨أ) اللعان على الولد، فإن كان اللعان على الحمل فقد بانت وانتفى حملها منه، فإن وضعت ولداً كان منفياً عنه بذلك اللعان، فإن وضعت آخر لا يخلو إما أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين وضعت الأول أو لستة أشهر، فإن أتت به لدون ستة أشهر فالحمل واحد والحمل منفي عنه بذلك اللعان، لأن اللعان على الحمل إشارة إلى جميع ما يشتمل عليه الرحم، فهو كما لو أشار في اللعان الواحد إلى الولدين معاً بعد الولادة فيجوز، وإن أتت به لستة أشهر فصاعداً من حين وضعت الأول، والثاني منفي عنه بغير لعانٍ لأنها تقطع أنها حملت به بعد البيتوتة وانقضاء العدة. فإن قيل: أليس إذا بانت زوجته بطلاقٍ أو لعانٍ أو غير ذلك فانقضت عدتها بغير الوضع، ثم أتت بولدٍ لدون أربع سنين من حين البيتوتة لحق به الولد إلا أن ينفيه باللعان، فلم قلتم أنه إذا انقضت عدتها ههنا بالوضع ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر لا يلحق؟ قلنا: الفرق أن هناك حكمنا بانقضاء عدتها طاهراً ويجوز أن تكون قد حاضت على الحمل فألحقنا به الولد وههنا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل فلا يمكن أن يكون هذاالولد الثاني منه فلم يلحق به. وذكر بعض أصحابنا بخراسان ههنا أنه إذا لم يلاعن لنفي الثاني لحقه دون الأول لاحتمال أنها علقت به بعد وضع الأول وهو غلط ظاهر.

فرع:

لو أتت بولد فلاعنها ونفاه، ثم أتت بولد آخر لأقل من ستة أشهر فقال: لا أنفي ولا ألاعن كان إقراراً أو تكذيباً لنفسه في الأول فيلحق به الولدان جميعاً، ولو قال: أنفيه ولكني لا ألاعن والنفي باللعان الأول لم يكن إقراراً منه، وقلنا: أنت في قولك أكتفي باللعان الأول مخطىء ولا بد لك من استئناف اللعان (ق٨ب).

فرع آخر:

قال القفال: إذا قال: لا ألاعن لنفي الولد الثاني لا يحد إلا أن يقر بالثاني صريحاً، فيكون قد كذب نفسه في الولد الأول فيحد؛ لأنه كان في لعانه معاضلة آخر من وقوع الفرقة، وكذا الحد فسكوته عن الولد الثاني لم يبطل أصل لعانه ولا جميع مقصوده

باللعان الأول فلا يجعل مكذباً نفسه، ولا يكون كأنه لم يلاعن أصلاً، ويفارق هذا إذا كانت الولادة بعد البينونة بالطلاق أو غيره فنفاه باللعان بعد الولادة، ثم جاءت بولد آخر لأقل من ستة أشهر، وقال: لا ألاعن لنفي الولد الثاني يلزمه الحد لأن لعانه لم يعمل إلا عملاً واحداً، وإذا أبطله بالامتناع من نفي الثاني باللعان جعل كأنه لم يلاعن ويلزمه الحد، وهذا حسن لم يذكره غيره.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ فَأَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا وَنَفَى الآخَرَ فَهُمَا ابْنَاهُ».

الفصل:

المسألة مفروضة فيه إذا ولدتهما معاً في وقت واحدٍ، أو أحدهما بعد الآخر وبينهما أقل من ستة أشهر فهما حمل واحد، فإن أقر الزوج بأحدهما ونفى الآخر لحقه معاً؛ لأن الكل حمل واحد، فإذا ألحق بعضه لحق كله، وإن نفاهما معاً باللعان ثبت نسبهما من أمهما وزال نسبهما منه فيرثان أمهما ولا يرثانه. وأما التوارث فيما بينهما إذا مات أحدهما، قد ذكرنا فيما تقدم وقيل: في هذا وفي الولدين من زنا في بطن واحد إذا مات أحدهما ثلاثة أوجه:

أحدها: أن أخاه يرثه بقرابة الأم في المسألتين جميعاً.

والثاني: يرثه بقرابة الأب والأم، وهو اختيار الداركي لأنهما مخلوقان من ماء رجل واحد، ولا يكون الحمل الواحد إلا من رجل واحد، فإن قيل: لما كانت القرابة منقطعة بينهما وبين الواطىء فكذلك القرابة منقطعة بينهما من جهة الواطىء، قلنا: الشريعة (ق٨أ) قطعت القرابة من الواطىء تغليظاً عليه لما ارتكب من المعصية، وهذا كما يقول الأب القائل لا يرث ابنه ويرث أخوه بقرابة الأب والأم؛ لأن المانع يخص الأب دون الأخوين كذلك ههنا.

والوجه الثالث: أنه يفرق بين ولدي الملاعنة وبين ولدي الزنى، فيرث الأخ من ولدي الملاعنة بقرابة الأب والأم جميعاً، ومن ولدي الزنى بقرابة الأم دون قرابة الأب، لأن ولدي الزنا لا يجوز أن يكون لهما أب، فإنه لو أكذب نفسه وأقرَّ به حلفناه، وهكذا حكاه القاضي الطبري عن ابن أبي هريرة وصاحب الإفصاح، والصحيح الأول وهو المشهور من مذهب الشافعي؛ لأنه لا أب لهما وإذا لم يكن لهما أب لم يجز أن يكون أخاً من الأب، لأن الإخوة فرع الأبوة فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع.

وأما قوله: إنه لا يتعدى الأب تغليظاً عليه لا يصح؛ لأنه لو كان كذلك لوجب أن يرثه الابنان بالبنوة ولا يرثهما بالأبوة تغليظاً عليه، فلما كان الإرث منقطعاً من الجهتين

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٢).

دل على ما قلناه، فإن قيل: الأب لما لم يكن متعيناً لم تثبت الأبوة والأخ. من جهة الأب، قد يتعين، فوجب أن تثبت الإخوة ألا ترى أن الأم لما تعينت ثبتت الأمومة، قلنا: الأب لما لم يتعين لم يثبت أب، وإذا لم يكن أب لم يجز أن يكون أخ من أب، ولأن هذا يقتضي أن الصادق لو أخبر أنه مخلوق من ماء الزاني لم تثبت الأبوة وترثه الأم، فإن ارتكب هذا القائل هذا خالف قول النبي ﷺ: «وللعاهر الحجر».

فرع:

إذا لاعن من زوجته الابنة حرمت عليه، ولو اشتراها بعد ذلك لم يحل له وجهاً واحداً، ولو اشترى للمطلقة الثلاث حلت له في أحد الوجهين، والفرق أن تحريم الطلاق (ق٩ب) لا يتأبد لأنها تحل بعد زوج آخرٍ وإصابته؛ بخلاف تحريم الملاعنة فإنه يتأبد، ولأن تحريم الطلاق يختص بالنكاح فحلت بملك اليمين، وتحريم اللعان لا يختص بالنكاح، لأنه يصح في النكاح الفاسد، وفي البائنة فافترقا.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ الْتَعَنَ نُفِيَ عَنْهُ الحَيُّ والميِّتُ».

الفصل:

إذا ولدت امرأته ولدين ولم يعترف لواحد منهما بل نفاهما فمات أحدهما لاعن عن الحي والميت جميعاً، فإذا لاعن عليهما انتفيا عنه.

واعلم أنه لم يذكر الشافعي لفظ اللعان ههنا، ومراده إن سمي في اللعان الحي والميت جميعاً ولا ينفي عنه أحدهما بتسمية الثاني، وإن كانا في بطن واحدٍ لأنهما لا ينفيان إلا معاً ولا يثبتان إلا معاً.

وقال أبو حنيفة: يلحقه نسب الحي ويلاعن للقذف، وبنى ذلك على أصله أنه لا يجوز نفي الميت باللعان، وإذا لم ينف الميت لم ينف الحي لأنهما حمل واحد فلا يصح نفي بعضه، واحتج على أن الميت لا يصح نفيه بأنه انقطع نسبه بموته فلا حاجة إلى نفيه باللعان، كما لو ماتت لا يلاعنها بعد الموت لقطع النكاح، وهذا غلطٍ؛ لأن هذا الميت ينسب إليه يقال: هذا ابن فلان فيلزمه تكفينه وتجهيزه فكان له قطع نسبه وإسقاط مؤنته عن نفسه. وأما ما ذكره لا يصح لأنه بيَّنا أنه لم ينقطع نفيه بموته، ولو مات الولدان معاً أو كان مال ولدٌ واحدٌ فمات.

قال أصحابنا بالعراق: يلاعن أيضاً للنفي على ما ذكرنا، وقال بعض أصحابنا: لا يلاعن ههنا للنفي ولكن يلاعن لدرء الحد؛ لأنه لا ضرورة إلى اللعان في مثل هذا

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٣).

الموضع، ثم قال في المختصر: ولو نفى ولدها باللعان، ثم ولدت آخر بعده بيوم فأقر به لزماه جميعاً (ق١٠أ) وقد شرحنا حكمه فيما قبل، ثم قال: وقال بعض الناس - يعني أبا حنيفة - لو مات أحدهما قبل اللعان لاعن ولزمه الولدان وهما عندنا وعنده حمل واحد فكيف يلاعن ويلزمه الولدان؟ قال من قبل: إنه قد ورث الميت منهما، قيل له: ومن زعم أنه يرثه بل إذا لاعن نفى عنه الولدان ولا ميراث له من الميت، وقد ذكرنا هذا أيضاً.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَقَالَ أَيْضاً: «لَوْ نَفَاهُ بِاللِّعَانِ وَمَاتَ الْوَلَدُ فَادَّعَاهُ الأَبُ ضُرِبَ الحَدَّ وَلَمْ يَثْبُتْ النَّسَبُ وَلَمْ يَرِثْهُ الأَبُ».

الفصل:

هذه حكاية مذهب أبي حنيفة أنه قال: إذا ولدت ولداً ونفاه باللعان ومات الولد ثم أكذب نفسه وأقرَّ به لا يقبل إقراره ولا يلحق نسبه ولا يرثه، إلا أن يكون خلف ولداً فحينئذٍ يقبل ويرث، وعندنا إذا أكذب نفسه وأقرَّ به يلحقه سواءً خلف ولداً أو لم يخلف، ترك له مالاً أو لم يترك، ذكراً أو أنثى والدليل على صحة هذا أن هذا ولد نفاه باللعان، فكان له استلحاقه كما لو كان حياً أو كان له ولد، ويؤكده أن الأنساب لا تموت بموت الأشخاص وللميت نسب كما للحي نسب، ولا يصح ما يقول أصحاب أبي حنيفة: إن الحي يحتاج إلى النسب والميت لا يحتاج إليه إذ ليست الأنساب إلى الحاجة وإنما الأنساب بالوجود.

واحتج الشافعي فقال: لا فرق بين أن يترك ولداً أو لم يتركه؛ لأن هذا الولد المنفي إذا مات فنفى النسب ثم أقرَّ به لم يعد إلى النسب؛ لأنه فارق الحياة بحال فلا ينتقل عنها فلذلك ابن المنفي في معنى المنفى وهذا إلزام عليه.

ثم قال: وهو لا يكون ابناً بنفسه فكيف يكون ابنه بالولد المنفي الذي قد انقطع نسب الحي منه والذي ينقطع به نسب الحي (ق١٠ب) ينقطع به نسب الميت، لأن حكمهما واحد وأراد بهذا الكلام أن إلحاقه به موجب كونه حاقداً لهذا الرجل ولا يكون حاقداً إلا بثبوت نسب الواسطة قد مات ونسبه منقطع عندك ولو لم يكن هذا الحاقد موجوداً لم يعد عندك نسب ذلك الميت، فكيف يعود نسب إلحاقه وكيف يجوز أن يصير الأصل تبعاً للفرع؟ ثم نقول لأبي حنيفة أيضاً: إن كانت العلة عندك أنه يتهم باختلاف الميراث فهو محال إذ لا يتهم أحداً بأنه يلتزم الحد والعار ليرث ولأن التهمة موجودة إذا خلف ولداً وثبت النسب بإقراره ولأنه إذا مات معسراً فالتهمة غير موجودة وعندكم لا يلحقه نسبه ولأنه يتهم باستلحاق الحي الموسر عند إعساره للاحتياج إلى النفقة ويلحقه مع ذلك.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٤).

وقال مالك: إن بدأت غنياً ذا مال يلحق به، وإن كان معسراً لا يلحق لأن موت الغني باقي العلق وموت الفقير ينقطع العلق، حكاه صاحب الحاوي عنه وهذا غلط لأنه يلحق به نسب الحي فلذلك نسب الميت كما لو كان غنياً.

ثم قال الشافعي(١): «وَلَوْ قُتِلَ وَاقْتُسِمَتْ دِيَتُهُ ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ لَحِقَهُ وَأَخَذَ حِصَّتَهُ مِنْ دِيَتِهِ وَمَالِهِ».

الفصل:

وشرحه قد ذكرناه.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ قَالَ لامْرَأَتِهِ: «يَا زَانِيَةُ: فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ أَوْ بِكَ زَنَيْتُ».

فالزوج قاذف وعليه الحد إلا أن يقيم البينة أو يلتعن والزوجة ليست بقاذفة؛ لأن قولها: «بك زنيت» يحتمل القذف وغير القذف، وذلك أنه يحتمل ثلاثة أشياء؛ قذف صريح وهو أن يقول: قد زنيت بي قبل الزوجية أو زنيت بك وأنت غير زانٍ لأنك وجدتني على فراشك فعرفتك أجنبياً أو ظننتني زوجتك ويحتمل: ما زنيت أنا ولا أنت لقوله: سرقت فيقول: معك سرقت (ق١١أ) أي لم أسرق كما لم تسرق، فإذا احتمل كل هذا سألناها عن مرادها، فإن أقرت بالقسم الأول فقد اعترفت بالزنى وقذفته فعليها الحدان معاً ويسقط حدّ القذف عن الزوج، وإن فسرت بالقسم الثاني فقد اعترفت بالزنى ولم تقذفه فعليها حدّ الزنى وسقط حدّ القذف لأنها قد صدقته، وإن فسرت بالقسم الثالث وأنه ما زنى واحد منا فما اعترفت بالزنا، فإن صدقها فلا حدّ عليها والزوج قاذف، وإن كذبها وقال: بل أردت قذفي والإقرار على نفسك بالزنى فالقول قولها مع يمينها؛ لأنها في جواب هذا الخطاب لا يبعد أن يريد هذا المراد، وصورة يمينها أنها تحلف أنها ما أرادت الإقرار بالزنى ولا تحلف ما زنت ويكون يمينها في حق الزوج لما يتعلق به من سقوط حدّ القذف عنه لا في حق الله تعالى؛ لأن منكر الزنى لا يحلف، وفي القذف يحلف بالله تعالى أنها ما أرادت قذفه ولا يحلف أنها قذفته، وهل يلزمها في الأمرين يميناً واحدة أو يمينين؟

قال صاحب «الحاوي»(٣): يحتمل وجهين:

أحدهما: يميناً واحداً يتعلق الحق فيها بشخص واحد.

والثاني: يمينين؛ لأن لكل واحد منهما حكماً يخالف حكم الآخر، فإن حلفت على الأمرين سقط عنها حدّ الزنى، وحدّ القذف، ووجب عليه حدّ القذف لها إن تلاعنا، وإن

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٥).
(٢) انظر الأم (٤/ ١٧٥).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ١٠١).

نكلت في الأمرين أحلف الزوج عليها أنها أرادت الإقرار بالزنى وأرادت قذفه بالزنى، وهل يحلف يميناً أو يمينين على ما ذكرنا من الوجهين. فإذا حلف سقط عنه حدّ قذفها ووجب عليها حدّ قذفه ولم تحدّ للزنا؛ لأنها لا تحدّ في الزنى بيمين غيرها، وإنما كانت يمين الزوج في حقّ نفسه لا في حق الله تعالى.

فإن قيل: أليس توجبون حدّ الزنى عليها بلعانه ولعانه يمين عندكم. قيل: اللعان جعل حجة للزوج قائماً مقام البينة لإثبات الزنى عليها لحاجته إلى ذلك ولهذا يرد تعدد الشهادة فثبت الزنى، وههنا يمينه لأجل ما ادعاه (ق١١ب) من سقوط حدّ القذف عنه ووجوب حدّ القذف عليها لإثبات الزنى؛ لأنه لو ادعى زناها لم يحلف بحالٍ فافترقا.

واعلم أنه لا تسمع الدعوى في الزنى على أحدٍ إلا في مسألة واحدة، وهي أن يقذف رجلاً فيطالب المقذوف بحدّه فيقول القاذف للحاكم: أحلفه أنه لم يزن فإن حلف برىء من الزنى، وإن لم يحلف ردت اليمين على القاذف، فإن حلف سقط عنه حدّ القذف ولم يجب على الناكل حدّ الزنى، وكذلك لو قالت أردت أنه لم يكن وطىء إلا منك، فإن كان ذلك زنا منك فأنت أعلم فالقول قولها مع يمينها وهذا احتمال رابع.

فرع:

لو قالت هذا ابتداءً لزوجها زنيت بك فهذا اعتراف بالزنى وقذف له، فلا يقبل التأويل ههنا منها، لأنها لم تخرج هذا الكلام على وجه المقابلة لكلامه بخلاف المسألة قبلها.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ كَانَتْ قَالَتْ لَهُ: بَلْ أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا لأَنَّهُ لَيْسَ بِقَذْفٍ إِذَا لَمْ تُرِدْ بِهِ قَذْفاً».

الفصل:

إذا قال لها: يا زانية فقالت في الجواب: بل أنت أزنى مني يكون كناية في الجواب، ويحتمل الاحتمالات الأربعة وهي أنك زنيت بي قبل النكاح وكنت أزنى مني لاختصاصك بالفعل.

والثاني: أني ما زنيت ولا أنت إذا لم يطأني أحد غيرك، فإن كنت به زانية فأنت أزنى مني فإنك أنت الواطىء والداعي إليه والحامل عليَّ.

والثالث: أني ما زنيت فإني وجدتك على فراشي فظننت أنك زوجي وأنت عرفت أني أجنبية.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٥).

والرابع: أني ما زنيت ولا أنت وأنه لم يطأني سواك.
فإن قالت: أردت القسم الأول فقد أقرت بالزنى وقذفته، وقد سبق حكمه، وإن قالت: أردت القسم الثاني فالقول قولها على ما ذكرنا، وإن قالت: أردت القسم الثالث فقد قذفته (ق١٢أ) وما أقرت بالزنى ولكنها أقرت بوطء حرام فسقط حدّ قذفها ويجب له حدّ القذف عليها، والقسم الرابع راجع إلى القسم الثاني، وقيل: يحتمل ههنا القسم الرابع وليس كذلك على ما ذكرنا من البينتين.

فرع:

لو قالت في الابتداء هذا القول هل يكون كناية كالجواب أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون كناية كالجواب؛ لأن أزنى صفة محتملة فاستوت في الابتداء والجواب.

والثاني: قاله الداركي أنه قذف صريح عند الابتداء؛ لأنه يكون في الجواب إذاً فجعل كناية وفي الابتداء يكون جرحاً فكان صريحاً كقولها: زنيت بك في الجواب كناية، وفي الابتداء صريح.

وقال مالك: هذا اللفظ صريح فيها يوجب الحد بكل حالٍ، وهو بناء على أصله في أن معاريض القذف له صريح يوجب الحد.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَإِنْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ أَزْنَا مِنْ فُلانَةَ أَوْ أَزْنَا مِنَ النَّاسِ لَمْ يَكُنْ هَذَا قَذْفاً إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ قَذْفاً».

إذا قال لها: أنت أزنا من فلانة لم يكن قذفاً بظاهره؛ لأنَّا لا نعلم أن فلانة زانية ولم يذكر هو أن فلانة زانية، فإن قيل: هذا اللفظ يوجب كونها زانية لأن أفعل يقتضي الاشتراك، ألا ترى أنه إذا قيل فلان أكرم من فلان يقتضي الكرم لهما، قلنا: قد ترد كلمة أفعل مقتضياً للاشتراك، وقد يرد سلب الاشتراك، ألا ترى قوله تعالى: ﴿أَصۡحَٰبُ ٱلۡجَنَّةِ يَوۡمَئِذٍ خَيۡرٞ مُّسۡتَقَرّٗا﴾ [الفرقان: ٢٤]، ولا خير لأهل النار ولم يتضمن الاشتراك، وإذا ثبت هذا قيل له: ما أردت؟ فإن قال: ما أردت القذف لأن فلانة ليست بزانية وإنما أردت بذلك النفي، فإن صدقته فلا كلام وإن كذبته فالقول قوله مع يمينه، ولو قال: أردت أن فلانة زانية وأنت أزنى منها، أو قال في الابتداء هكذا كان قذفاً صريحاً. وحكي عن المزني أنه لا يكون صريحاً ههنا أيضاً (ق١٢ب) وهذا غلط ظاهر لما ذكرنا.

وقال صاحب «الحاوي»[(٢)]: هكذا ذكر أصحابنا والصحيح عندي أنه إذا قال: أنت

---

(١) انظر الأم (١٧٦/٤).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (١٠٣/١١).

أزنى من فلانة يكون قذفاً صريحاً لزوجته وكناية في قذف فلانة؛ لأنه صريح فيها بلفظ الزنى، وأدخل ألف المبالغة زيادة في تأكيد القذف كما دخلت الألف في أكبر مبالغة للتعظيم، فالمبالغة إن لم ترد في هذا القذف شراً لم ترد خيراً.

وأما في فلانة يحتمل الاشتراك ويحتمل السلب كقول القائل: زيد أعلم من عمرو يكون تشريكاً بينهما في العلم وتفصيل زيد على عمرو والسلب ما ذكرنا في أهل النار فيرجع فيه إلى إرادته.

وأما إذا قال: أنت أزنى الناس لا يكون قاذفاً صريحاً للمعنى الذي ذكرنا، ولأنَّا نتحقق كذبه فإن الناس كلهم ليسوا زناة ولا تكون هي أزنى من جميعهم، وقال صاحب «الحاوي»[1]: الصحيح عندي أنه يكون قذفاً صريحاً؛ لأن لفظ المبالغة في الصفة إذا أضيفت إلى جماعة فيهم مشارك فيها ومخالف حملت على المشاركة في إثبات الصفة ولا تحمل على المخالفة في نفيها، كما لو قال: زيد أعلم أهل البصرة ومعلوم علماء وغير علماء كان محمولاً على إثبات علمه في التشريك بينه وبين علمائها، ولا يحمل على نفيه في التشريك بينه وبين جهالها فيحمل ههنا أيضاً على مبالغة إضافته إلى الزيادة، وإن كان في الناس زناة وغير زناة وليس في القذف أبلغ من هذا، لأنه جعله أزنى من كل زانٍ وأيضاً لو قلنا لا يكون صريحاً لما ذكر من التعليل من تيقن كذبه لخرج بهذا التعليل من كناية القذف أيضاً فلا يصير قذفاً، وإن أراده؛ لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب.

فأما ما قطع فيه بالصدق، أو قطع فيه بالكذب لا يكون قذفاً كما لو قال لبنت شهر: زنيت لا يكون قذفاً وكذلك لو قذف من ثبت زناها لم يكن قذفاً بصحته.

وحكي عن المزني أنه قال: لا يكون كناية أيضاً لهذه العلة، ولكنه لم يوجد هذا في مختصره ولا في جامعه (ق١٣أ) ولو قال: أردت أنها أزنا من زناة الناس فقد قذفها صريحاً وعليه الحد لها، ولا يكون قاذفاً لزناة الناس لأنهم غير متعينين. وكذلك لو قال في الناس زناة وأنت أزنى منهم.

قال أصحابنا: ولو قال الناس كلهم زناة وأنت أزنى منهم لا يكون قذفاً؛ لأنَّا نعلم كذبه فإن الناس كلهم ليسوا زناة، وكذلك لو قال لامرأة: أنت زانية، ثم قال لامرأته: وأنت أزنا منها كان قاذفاً لهما، ولو قال لامرأته: وأنت أيضاً فيه وجهان:

أحدهما: يكون قاذفاً.

والثاني: يكون كناية كما لو قال: أنت كهي أو شريكتها.

وكذلك لو قال: أنت أزنى من أهل طبرستان لا يكون قذفاً لما ذكرنا أن أهل طبرستان كلهم ليسوا بزناة إلا أن يقول: أردت أنك أزنى من زناة أهل طبرستان فيكون قذفاً؛ لأنه لو صرح هكذا كان قذفاً أيضاً.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ١٠٣).

قال القفال: لو قال: أنت أزنى من فلان ثم ثبت زنا فلان باعترافه أو ببينة لم يُحد؛ لأنه يقول: ما قذفته ولا عرفت زناه، وقيل: فيه وجهان هل يلزم الحد أم لا؟ فإن اعترف أنه كان عالماً بزنى فلان لزمه الحد لهذا الذي خاطبه بقوله: أنت أزنى من فلان، ولا يلزم لفلان بهذا الاعتراف الذي حصل إلا أن البينة قامت على زناه ويعزر لفلان للآمدي.

مسألة:

قَالَ[1]: **«وَلَوْ قَالَ لَهَا: يَا زَانٍ كَانَ هَذَا قَذْفاً وَهَذَا تَرْخِيمٌ كَمَا تَقُولُ لِمَالِكٍ يَا مَالِ، وَلِحَارِثٍ يَا حَارِ».**

إذا قال الرجل للمرأة: يا زان كان قذفاً في المشهور من المذهب. وقال الداركي: سمعت أبا محمد الفارسي يقول: قال الشافعي في كتاب الدعوى والبينات لا يكون قذفاً. قال الداركي: وطلبت ذلك فيه فلم أجده وهذا ليس بمشهور، وإنما قلنا كذلك لأن كل كلام فهم معناه لزم القائل حكمه، وإن كان لحناً. كما لو قال: زنيت بفتح التاء أو قال له: زنيت بكسر التاء كان قذفاً بالإجماع، ولأن قوله: (ق١٣ب) يا زان خطاب لها وإشارة إليها ويلحقها المعرة بذلك في هذا القول. وحدّ القذف لدفع المعرة فلا يضر ترك هاء التأنيث، ولأنه يحتمل أن يريد به يا شخص زان فكان قذفاً، لأنه لو صرح هكذا كان قذفاً بالإجماع، ولأن هذا اللفظ صحيح في اللغة وتسقط الهاء للترخيم كما قال الشافعي، وقال محمد، وابن داود لا يكون هذا قذفاً ولا يجوز أن يكون ترخيماً؛ لأن الترخيم في الأسماء الأعلام ولا يدخل الترخيم في الأسماء المشتقة، ولأن هاء التأنيث إذا رخمت يجب أن يبقى الحرف الذي قبله على جهته. فأما الترخيم الهاء والحرف الذي قبله لا يجوز وهذا غلط؛ لأن الترخيم ورد في اسم الفاعل فإنهم يقولون للصاحب: يا صاح وللمالك يا مال وللحارث يا حار وهذه أسماء مشتقة، وقد وردت مرخمة.

وأما حذف الحرف الذي قبل هاء التأنيث يجوز إذا كان حرف علة.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال لأبي هريرة: «يا أبا هر» وقد تحذف العرب أكثر من حرف ترخيماً كما قالوا في عثمان: يا عثم، ولمروان يا مرو، ولمنصور يا منص، فبطل ما قالوه.

وحكى حرملة هذه المسألة بالياء فقال: لو قال: يا زاني كان قذفاً.

مسألة:

قَالَ[2]: **«وَلَوْ قَالَتْ لَهُ: يَا زَانِيَةُ أَكْمَلَتِ القَذْفَ وَزَادَتْ حَرْفاً أَوْ حَرْفَيْنِ».**

إذا قالت لزوجها أو لأجنبي: يا زانية، أو قال أجنبي لأجنبي: يا زانية كان صريحاً في القذف، وبه قال محمد وأحمد، وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: لا يكون قذفاً لأنها

---

(١) انظر الأم (٤/١٧٦).

(٢) انظر الأم (٤/١٧٦).

وصفته بصفة النساء في الزنى، والزنى من الزنى التمكين وهذا الوصف من الرجال مستحيل فلا يكون قذفاً. وهذا غلط لأن العلامة الفاصلة بين الذكور والإناث سقط اعتبارياً (ق١٤أ) عند الإشارة إلى العين كما لو قال لأمته: أنت حر ولعبده أنت حرة.

وأما ما ذكره لا يصح لأنه لو قال لها: يا زان جعل قاذفاً بالإجماع وقد وصفها على زعمك بصفة الرجال في الزنى، والزنى في الرجال الإيلاج وذلك في النساء مستحيل.

فإن قلتم: مرادنا زانية ولكنه أسقط الهاء لمعنى من المعاني قلنا: وكذلك مرادها يا زان ولكنها ألحقت الهاء لمعنى المبالغة كما يقال: فلانة راوية الأخبار إذا كان كثير الرواية لها، وفلان نسابة وعلامة، وقال الله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَـٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ۝١٤﴾ [القِيَامَة: ١٤]، وقال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ ۝١﴾ [الهُمَزة: ١]. ثم قال المزني قال الشافعي: «قال بعض الناس - يعني أبا حنيفة - «إذا قال لها: يا زان لاعن أو حُدَّ» لأن الله تعالى قال: ﴿وَقَالَ نِسْوَةٌ فِى ٱلْمَدِينَةِ﴾ [يُوسُف: ٣٠] ولو قالت له: يا زانية لم يُحدّ، قال الشافعي: «وهذا جهل بلسان العرب إذا تقدم فعل الجماعة من النساء كان الفعل مذكراً مثل قال نسوة وخرج النسوة وإذا كانت واحدة فالفعل مؤنث مثل قالت: وخرجت وجلست» ومراد الشافعي أبطل تعليل أبي حنيفة حيث علل فقال: إذا قال لها: يا زان كان قذفاً؛ لأن الله تعالى قال: وقالت نسوة وإنما التعليل ما ذكر الشافعي أنه ترخيم، والترخيم عادة مشهورة في كلامهم.

فأما إطلاق الزاني والسارق للمؤنث لا على طريق الترخيم لا يجوز في كلام العرب بحالٍ، فإن قال قائل، قال الشافعي إذا قالت له: يا زانية أكملت القذف وزادته حرفاً أو اثنين ونحن نعلم أن مقدار الزيادة لا يخفى على الشافعي فلم أخرج كلامه مخرج للشك؟ قيل: الفاعل إذا كان من باب الناقص مثل الرامي. وقد قال الشافعي: المعروف في كلام العرب أنهم يقولون زنا بغير همز إذا أرادوا الفاحشة وزنأ بالهمز إذا أرادوا الترقي في الجبل، فكيف يجعل صريحاً في القذف وهو يحتمل معنى الصعود؟

فإن قيل: إذا أرادوا منه الصعود قالوا: زنا على الجبل، وإذا قالوا: زنا في الجبل لم يصلح ذلك اللفظ للصعود وظاهره الفاحشة. قلنا: ليس كذلك بل يستعمل هذا اللفظ مهموزاً مع كلمة في والمراد به الصعود.

وقال ابن السكيت في كتابه حكاية عن امرأة من العرب ترقص ابنها وتقول:

أشبه أبا أمك أو أشبه جمل ... ولا تكونن كهلوف وكل
(ق١٠أ).

يصبح في مضجعه قد انجدل ... وأرق إلى الخيرات زنأ في الجبل

وقوله: «أشبه أبا أمك» يعني أباها الذي هو جد لأمه، أو أشبه جمل هو اسم نجيب من قومه ولعله أبوه، ومعناه أشبه هذا وهذا، ولا تكن كهلوف. والهلوف: الرجل الجافي

العظيم. والوكل: ومعناه: لا تكونن رجُلاً ثقيل الجسم مسترخياً يصبح في مضجعه قد انجدل، يعني وقع علي الأرض؛ لأن الأرض الجدالة. وأرق إلى الخيرات معناه اصعد إليها، زنأ في الجبل: أي كصعودك في الجبل والراعي والزاني فللعرب فيه لغتان، منهم من يثبت الياء ومنهم من يحذفها.

وكذلك (ق١٤ب) وردت القراءتان في قوله تعالى: ﴿يَوْمَ يَدْعُ ٱلدَّاعِ﴾ [القمر: ٦] ويوم يدعو الراعي، وكذلك يوم ينادي المنادي، ويوم ينادي الناد، وكذلك جابوا الصخر بالواد، وبالوادي، فمن كانت لغته الزاني إثبات الياء يقول في قوله: يا زان قد أسقط حرفين الياء والهاء، ومن كانت لغته إسقاط الياء يقول: قد أسقط علامة التأنيث وحدها، وإن كان التوصيل إلى علامة التأنيث ولا يتصور إلا بإثبات الياء.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَقَائِلٌ هَذَا القَوْلَ ـ يَعْنِي أَبَا حَنِيفَةَ يَقُولُ: لَوْ قَالَ الرَّجُلُ زَنَأَت فِي الجَبَلِ حُدَّ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفاً عِنْدَ العَرَبِ أَنَّهُ صَعِدَتْ فِي الجَبَلِ».

إذا قال لها: زنأت في الجبل لا يكون صريحاً في القذف، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وقال أبو حنيفة: يكون صريحاً في القذف، وروي ذلك عن أحمد، واحتج بأن قوله: زنأت يستعمله الناس في الزنى كما يستعملون زنيت فكان قذفاً. وهذا غلط لأن قوله: زنأت في الجبل الترقي والصعود، يقال: زنى، يزنو، زنى وزنوا إذا صعد.

وقيل: إذا كان الهمز حقيقة للصعود، وإنما يحمل على الفاحشة إذا حمل على الخطأ، وكأنه ظن أن الزنى إذا دخله المد دخله الهمز، أو يقول ذلك عامي لا يعرف الفرق بينهما فلحق فيه.

فإذا تقرر هذا ينظر، فإن صدقه المخاطب أو أراد الصعود فلا كلام، وإن قال: أردت القذف فالقول قوله مع يمينه، فيحلف أنه ما أراد إلا الترقي في الجبل ولا حدّ عليه، وإن لم يحلف حلف المقذوف وحُدَّ له.

فرع:

لو قال: زنأت ولم يقل في الجبل أو قال له: يا زاني بالهمز، قال الداركي: حكى أبو أحمد عن الجرجاني عن المزني أنه قال في «الجامع الكبير» كان قذفاً لأنه يستعمل في الصعود عند ذكر الجبل ولا يستعمل فيه عند الإطلاق.

قال الداركي: وطلبته هناك فلم أجده، وقال أبو الطيب ابن سلمة: إن كان عارفاً باللغة كان قذفاً. قال القاضي الطبري: هذا لايصح فإن لم يثبت ما حكاه الجرجاني

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٧).

فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يكون قذفاً إلا أن يريد قذفاً لأن قوله: زنأت بالهمز، أو قوله: يا زاني بالهمز ظاهره الصعود على ما ذكرنا.

وقال القفال: فيه ثلاثة أوجه الأصح أن لا يكون قذفاً.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ قَالَ لامْرَأَتِهِ (ق١٥ب) زَنَيْتِ وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ، أَوْ قَالَ: وَأَنْتِ نَصْرَانِيَّةٌ أَوْ أَمَةٌ».

الفصل:

في هذا الفصل مسائل:

إحداها: أن يقول لها: زنيت وأنت صغيرة فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن تكون صغيرة في المهد لا يمكن أن يجامع مثلها فلا يكون قاذفاً؛ لأنَّا نعلم كذبه، والقاذف هو الذي يكون متردداً بين الصدق والكذب، فعلى هذا لا يجب الحدّ ويعزر للفحش والجفا، ولا يسقط هذا التعزير باللعان لأنه غير واجب بالقذف، وإن كانت صغيرة يمكن أن يجامع مثلها فهذا قذف؛ لأنه متردد بين الصدق والكذب ولا حدّ عليه، لأنه لو أقام عليها البينة به لم يجب عليها الحدّ فكذلك لا يجب على قاذفها حدّ ولكنه يعزر، ويسقط هذا التعزير باللعان لأنه إذا جاز درأ الحدّ باللعان فما دون الحدّ أولى أن يدرأ باللعان، والتي تجامع مثلها ابنة سبع وثمان ويقف هذا التعزير على مطالبتها إذا بلغت.

والثانية: إذا قال لها وهي مسلمة: زنيت وأنت نصرانية فلا يخلو إما أن يثبت كانت نصرانية ببينة أو إقرار منها، أو لا يثبت ذلك، فإن ثبت أنه كانت نصرانية لم يجب الحدّ لأنها ناقصة الكفر، وإنما يجب الحدّ به الكامل دون الناقص ويعزر، وله أن يلاعن لإسقاط هذا التعزير لأنه واجب بالقذف، وإن لم يثبت أنها كانت نصرانية فيه قولان:

أحدهما: القول قول الزوج ولا حدّ عليه؛ لأن ظهره حمى وما قاله ممكن، فإن الدار تشتمل على الكفار والمسلمين.

والثاني: القول قولها لأن الغلبة للإسلام في دار الإسلام فيجب أن يكون الحكم له.

وقال أبو حامد: إذا أقرت أنها كانت نصرانية وقال الزوج: لم ترد قذفي في الحال (ق١٦أ) كوني نصرانية فالقول قولها ثم يكون قوله: وأنت نصرانية خطاباً لها بالكفر في الحال؛ لأن ظاهر قوله: زنيت أي في الحال، وهذا بعيد لأن قوله: «وأنت نصرانية» متعلق بقوله: «زنيت» والواو تلغو، ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق إن دخلت الدار وأنت مسلمة، فإن الطلاق يتعلق بدخول الدار في حال الإسلام، ولا يكون قوله: «وأنت مسلم» خطاب، فإذا كان هذا ظاهر قوله لم يقبل قوله في خلافه. قال: ومسألة القولين إذا

---

(١) انظر الأم (١٧٧/٤).

صدقه على أنه أراد حالة النصرانية ولكنها لم تكن نصرانية وهو على ما ذكرنا، فإذا قلنا القول قوله مع يمينه فحلف وجب التعزير ويلاعن لإسقاطه، فإن نكل حلفت ووجب الحدّ ويلاعن لإسقاطه، وإن قلنا القول قولها فحلفت وجب لها الحدّ، وإن نكلت فحلف وجب عليه التعزير للقذف، وإن علم أنها لم تزل مسلمة مولودة على الإسلام لزمه الحدّ قولاً واحداً، ولو قال لها: زنيت ولم يضفه إلى حال الكفر، ثم قال: أردت به أنها زنت وهي نصرانية لم يقبل منه، وإن علم أنها كانت نصرانية؛ لأن الظاهر أنه قذفها في الحال وهي في الحال مسلمة، فإن قال: هي تعلم أني أردت به في حال النصرانية، فإن صدقته سقط عنه الحد، وإن كذبته حلفت أنها لا تعلم أنه أراد في حال النصرانية وحد إلا أن يلتعن.

والثالثة: إذا قال لها: وهي حرة زنيت وأنت أمة فالحكم فيها كما ذكرنا إذا قال: وأنت نصرانية إلا أنه لو قال: زنيت وأنت أمة الآن، وقالت: أنا حرة فيه قولان، ولا يجيء هذا في النصرانية أن يقول: وأنت نصرانية الآن لأنها إذا قالت: بل أنا مسلمة الآن يكون إسلاماً وإبطالاً لقوله.

وذكر أبو حامد ههنا أيضاً ما ذكر في المسألة السابقة (ق١٦ب) وقد بيَّنا بطلانه.

والرابعة: إذا قال لها: زنيت وأنت مستكرهة على الزنى فلا حدّ عليه؛ لأن هذا لو ثبت لم يجب به الحدّ ويعزر للأذى إلا أن يلتعن.

وقال بعض أصحابنا: فيه وجه آخر لا يعزر للأذى ههنا لانتفاء معرة الزنى عنها وهي معذورة مأجورة إن كان الأمر على ما قال والأول: أظهر، والثاني: أقيس.

كذلك لو قال: زنى بك فلان وأنت نائمة فهو كما لو قال: وأنت مستكرهة.

والخامسة: إذا قال لها: زنى بك صبي لا يجامع مثله فهذا يعلم كذبه وليس عليه حدّ ويعزر للفحش دون القذف، ولا يسقط هذا التعزير باللعان بلا خلاف.

فإن قال قائل: أليس قال الشافعي عقيب هذه المسائل: ويعزر للأذى إلا أن يلتعن. قلنا: إطلاق لفظ الشافعي يرجع إلى مسألة النصرانية والأمة والمستكرهة وقوله: يعد للأذى أراد في القذف؛ لأن كل قذف أذى دون أذى الفحش، وفي بعض نسخ المزني ويعزر للأمة إلا أن يلتعن. وهذا على ظاهره صحيح والمشهور الأول والمراد ما ذكرنا، ولو قال: زنى بك صبي يجامع مثله فإنه قاذف وعليه الحد إلا أن يلاعن لأنه لو ثبت لزمه الحد به.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: إذا قال: زنيت وأنت أمة أو مشركة يلزمه الحدّ بخلاف ما لو قال: وأنت صغيرة أو مجنونة؛ لأنه أضاف الزنى إلى حاله هي فيها مكلفة ونحن نعتبر أن تكون مكلفة يُحدّ قاذفها في تلك الحالة.

فرع:

لو ادعى أنها لما قذفها كان نائماً لا يُقبل إلا ببينة، ولو قال: كنت صبياً فيه قولان.

فرع آخر:

لو قال: وطئت بشبهة هل يعزر للأذى؟ فيه وجهان:

أحدهما: يعزر لأنه يلحقها نوع عار.

والثاني: لا يعزر (ق١٧أ) لأنها كانت معذورة في ذلك.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتِ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكِ حُدَّ وَلَا لِعَانَ».

الفصل:

قد ذكرنا هذه المسألة وإنه إن كان هناك ولا يريد نفيه هل يلاعن أم لا؟ والآن نزيد ما تقدم بياناً فنقول: إذا ولدت بعد هذا القذف، فإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت نكاحه فهو منتفى عنه بلا لعان، وإن ولدته بعد نكاحه لستة أشهرٍ فصاعداً فهو لاحق به بحكم الفراش، وهل له أن يلتعن لنفيه بذلك القذف المتقدم الذي نسب فيه إلى ما قبل نكاحه أم لا؟ وجهان:

قال إسحاق: لا يجوز أن يلتعن إلا أن يستأنف قذفاً مطلقاً، لأنه كان في القذف الأول في حكم الأجانب فمنعه من الالتعان فيه فصار كما لو قذفها ثم تزوجها لم يكن له أن يلتعن، فعلى هذا إن لم يجدد قذفاً مطلقاً حدّ للقذف الأول ولاعن بالقذف الثاني لنفي الولد ولم يسقط حدّ القذف الأول باللعان من القذف الثاني لاختلافهما في الحكم.

وقال ابن أبي هريرة: يجوز أن يلتعن منه إذا ولدت ولم يجز أن يلتعن لو لم تلد؛ لأن الضرورة تدعو إلى الالتعان مع الولادة ولا تدعوه مع عدتها ولأن يصدق في إضافة القذف إلى ما قبل نكاحه إلى ما قبل نكاحه أولى من أن يستأنف قذفاً مطلقاً فيجوز في إرساله. فعلى هذا إذا التعن مقتصراً على القذف الأول أجزأه وانتفى به الولد وسقط به الحد، ولو جدد بعد الأول قذفاً ثانياً نظر، فإن أضافه إلى زمان نكاحه فهو غير الأول فيلاعن من القذف الثاني وينفي به الولد ولا يسقط به حدّ القذف الأول لتمييزه عن نفي الولد فصار لوجوبه مع عدم الولد.

واعلم أن الشافعي (ق١٧ب) قصد بقوله في أصل المسألة «ولا لعان» الرد على أبي حنيفة حيث قال: «يلاعن لهذا القذف» واحتج عليه الشافعي فقال: لأني إنما أنظر إلى يوم تكلم به ويوم يوقعه ـ يعني هي زوجته يوم تكلم به ولكنها لم تكن زوجته يوم أوقع القذف نسبةً وتاريخاً، ولم يذكر الشافعي لهذا الكلام أصلاً يتمسك به مع الخصم، ويمكن أن يجعل ما بعد البينونة أصلاً له حيث لا ولد، إذ لا خلاف أنها لو بانت بالطلاق ولا ولد

---

(١) انظر الأم (١٧٨/٤).

فقال لها: زنيت وأنت زوجتي حدّ ولا لعان؛ لأنه يوم تكلم بالقذف في زمان غير النكاح، وإن أضاف الفعل إلى زمان النكاح، فكذلك في مسألتنا أضاف الفعل إلى زمان عدم النكاح وإن تكلم بالقذف في زمان النكاح.

فرع:

قال ابن الحداد: إذا قذفها، ثم أطلقها فتزوجت بزوج آخر فقذفها وجب عليهما الحد وكان لهما اللعان، فإن لاعنها كل واحد منهما وامتنعت من اللعان وجب عليها حدَّان، فإن كانت بكراً في النكاح الأول وثيباً في الثاني جلدت ثم رجمت، وإن كانت بكراً فيهما لم يتداخل الحدان لأنهما بمنزلة الجنسين؛ لأن اللعان بينة يختص بها الزوج دون غيره.

ومن أصحابنا من قال: هذا خطأ ويتداخل الحدان لأنهما جنس واحد، كما لو ثبت بالبينة ولا يصح ما ذكره؛ لأن اللعان حجة في حق الزوج والزوجة وقد اجتمع الحدان في حقها فيتداخلا، وهذا هو المذهب الذي لا يحمل غيره.

مسألة(١):

قَالَ ابْن الحَدَّاد: لَوْ قَالَتْ: قَذَفَنِي قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَنِي.

وقال: بل بعد ما تزوجت بك. أو قالت: قذفتني بعدما بنت منك، وقال: لا بل من حال الزوجة فالقول قوله مع يمينه؛ لأن القول قوله (ق١٨أ) في أصل القذف فكذلك في وقته، ولو قالت: قذفني وأنا أجنبية، وقال: بل أنت زوجتي وأنكرت الزوجة فالقول قولها، لأن الأصل عدم النكاح.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ قَذَفَهَا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا وَلَاعَنَهَا فَطَلَبَتْهُ بِحَدِّ القَذْفِ قَبْلَ النِّكَاحِ حُدَّ لَهَا».

الفصل:

تقدم على هذه المسألة ما يوضحها، وذلك أنه إذا قذف أجنبي أجنبية وجب عليه حدّ القذف، فإن أقام البينة على أنها زنت سقط عنه الحد وسقط إحصانها، فلو قذفها هو أو غيره بعد ذلك لا يلزم الحد ولكن يعزر على ما ذكرنا فيما تقدم وإن لم يقم عليه بينة فحد بقذفها ثم قذفها ثانياً، فإن كان بالزنى الأول لم يحد ويعزو للنسب، وإن قذفها بزنى آخر ذكرنا وجهين:

أحدهما: يلزمه الحد لأنه لم يكذب في الزنى الثاني.

---

(١) كذا بالأصل، والصواب: [فرع]. (٢) انظر الأم (١٧٨/٤).

والثاني: لا يلزمه الحد لأنه ثبت كذبه عليها في الجملة.

وإن كان كرر عليها القذف قبل إقامة الحد، فإن كرر بزنى واحد لم يجب إلا حد واحد، وإن كرر بزنى آخر. قال في الجديد، والقديم: يلزمه حدّ واحد، وقال في موضع من القديم: ولو قيل عليه حدان كان مذهباً فقيل قولان:

أحدهما: يجب حدان ولا يتداخل كالقصاص والصحيح خلافه لأنهما حدان من جنس واحد فيتدخلان كحدي الزنى.

وأما مسألة الكتاب: إذا قذف بامرأة، ثم تزوجها قبل أن يقام عليه الحد، ثم قذفها نظر فإن قذفها بالزنى الأول لم يجب عليه حد آخر وليس له إسقاطه إلا ببينة، وإن قذفها بزنى آخر فلها المطالبة بموجب كل واحد من القذفين، فإن طالبت بموجب القذف الأول، فإن أقام الزوج البينة سقط عنه حدّ القذف الأول والثاني؛ لأنه (ق١٨ب) بطل إحصانها بقيام البينة بالزنى، وإن لم تكن بينة حد، ثم إذا طالبته بالقذف الثاني، فإن كان له بينة أو لاعنها سقط موجبه، وإن لم يكن له بينة ولاعنها يحدّ لها ثانياً نص عليه، وبه قال عامة أصحابنا. ويخالف هذا الأجنبية إذا حُدَّ لها، ثم قذفها بزنى آخر هل يحد ثانياً؟ وجهان، والفرق أن موجب القذفين ههنا مختلف؛ لأنه يتخلص من أحدهما باللعان بخلاف ذلك، وقال المزني في جامعه الكبير: القياس أن لا يجب إلا حدّ واحد لأنهما قذفان بدل واحد فلم يجب إلا واحد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: ينبغي أن يكون الحدّ الأول للقذفين ولا يطالب باللعان؛ لأن الموجب واحد وهو الحد، وإنما الحجة تختلف، وهذا حسن غريب ولكنه خلاف المذهب المنصوص.

وإن طالبته بهما فأقام الإمام عليه الحدّ الأول، ثم عرض عليه اللعان الثاني فأبى حُدَّ ثانياً على ما ذكرنا، وإن طالب بالثاني قبل الأول، فإن أقام البينة حدت بالزنى وسقط عنه الحدان؛ لأن البينة تسقط حصانتها من حق كل واحد، وإن التعن سقط عنه ما وجب بقذفه حال الزوجية، وعليه الحد للقذف الذي كان قبل الزوجية، لأن اللعان حجة للزوج وحده، وقبل الزوجية كان أجنبياً فعليه الحد، ولهذا لو لاعن الزوج، ثم رماها به ثانياً لم يُحدّ، وإن رماها به الأجنبي حُدَّ لأن اللعان لا يتعدى إلى الأجنبي.

وإن لم تقم البينة ولم يلاعن هل يقام عليه حد واحد للأول والثاني أو يقام حدان؟ فيه طريقان:

إحداهما: إذا امتنع من اللعان صار الحدان من جنس واحد فإنهما لا يسقطان إلا بالبينة فهل يلزم حد أو حدان؟ قولان.

(ق١٩أ) **والثانية**: عليه حدان قولاً واحداً ولا يتداخلان لأنهما حدان مختلفان أحدهما يسقط باللعان دون الآخر، وهو اختيار القاضي الطبري.

قال: ولأنه وإن امتنع من اللعان فمتى أراد أن يلتعن كان له وسقط الحد فهما

مختلفان، ولأنه بمنزلة أن يزني وهو بكر، ثم يزني وهو محصن لا يتداخل الحدان لأنهما مختلفان كذلك ههنا.

وكذلك الحكم لو قذفها وهي زوجته ثم أبانها، ثم قذفها وهي أجنبية لأنهما قذفان أحدهما حال الزوجية والآخر حال كونها أجنبية، وكذلك لو قذف زوجته ولاعن ثم قذفها بزنى آخر نسبه إلى ما قبل لعانه وقبل زوجتيه يحد، ولا يسقط ذلك الحد بما يجدد من لعانه وإن نسبه إلى ما بعد نكاحها قبل لعانه فيه وجهان. ولو رماها بزنئين في حال الزوجية هل يجب حدّ واحد، أو حدان؟ قد ذكرنا، ويكفيه لعان واحد على القولين جميعاً؛ لأنه يمين والحقان لواحد، وينظر فإن كان قذفها برجلين ذكرهما في لعانه، وإن أطلق يحتاج أن يقول: أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنئين، ويخالف هذا إذا قذف زوجتين لا يكفيه لعان واحد، لأن اليمين وجبت لكل واحدة منهما فلا تداخل.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ قَالَ لَهَا: يَا زَانِيَةُ فَقَالَتْ لَهُ [بَلْ] أَنْتَ زَانٍ لَاعَنَهَا وَحُدَّتْ لَهُ».

إذا قال لها: يا زانية فقالت: بل أنت زانٍ، فقد قذف كل واحد منهما صاحبه بصريح القذف؛ لأن الزوج صرح بقذفها بقوله: يا زانية والمرأة صرحت بقولها بل أنت زانٍ؛ لأن هذه اللفظة موضوعة لنفي ما خاطبها به واستئناف خطابه بمثله، فإن قالت: لم أرد به القذف (ق١٩ب) وإنما أردت به المقابلة لم يقبل منها ويفارق هذا إذا قالت: بل أنت أزنى مني؛ لأن هذا يحتمل نفي الزنى على ما ذكرنا، فإذا ثبت هذا فللزوج الخروج من القذف بالبينة أو اللعان وليس لها الخروج من القذف إلا بالبينة، فإذا أقام البينة وجب عليها حدّ الزنى ولا تلاعن لإسقاطه، وإن لاعن وجب عليها الحد أيضاً ولكن يلاعن لإسقاطه.

ثم إن أقام البينة على الزوج بالزنى ولا يلزمها حدّ القذف، وبعد ما لزمه الحد ببينتهما ليس له إسقاطه باللعان أصلاً، وحكى الشافعي مذهب أبي حنيفة أنه قال: لا حدّ ولا لعان في هذه المسألة، وعنده أن المرأة يجب عليها حدّ القذف بقذفه، ولكن لا يجب على الزوج بعد القذف بقذفها وموجب قذفه إياها باللعان فقط، ثم اللعان ههنا لا يثبت لا في حق الزوج ولا في الزوجة عنده، لأن المرأة تعرض أن الحد فلا يصح منها اللعان، وإذا لم يصح لعانها لا يصح لعانه، في تأويل حكاية الشافعي عن أبي حنيفة أنه لا حد ولا لعان على أنه أراد لا حد في حق الزوج دون الزوجة على ما قررنا من مذهبه. ومعنى قوله: «أستقبح أن ألاعن بينهما ثم أحدهما» أي يقبح أن يسبق في حقه منها دون حقها منه، فإذا استوفى منها الحد أولاً فلا يلاعن بكونها خارجة من أهل اللعان بحدها، ويتعزر

---

(١) انظر الأم (٤/١٧٨).

لعانه بتعذر لعانها، وإن لاعنها أولاً يجب إقامة الحد عليها ولا يحد الرجل وهذا قبيح.

قال الشافعي: ترك حكم الله أقبح، وهذا لأنهما قاذفان لو انفرد كل واحد منهما بقذفه يتعلق به حكم القذف، فإذا اجتمع قذفهما لم يسقط أحدهما حكم الآخر كالأجنبيين القاذفين، ويؤكده أن القذف لا يصير قصاصاً بالقذف (ق٢٠أ) فكيف يجوز تعطيل الحكمين، ولأنه قال في «القسامة»: يحلفون ويغرمون الدية. وهذا أقبح من هذا.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ قَذَفَهَا وَأَجْنَبِيَّة بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لَاعَنَ وَحُدَّ لِلأَجْنَبِيَّةِ».

إذا قذف زوجته وأجنبية بكلمة واحدة فقال: زنيتما وأنتما زانيتان وجب الحد عليه، فإن أقام البينة أقمنا الحد على كل واحدة منهما، وإن لاعن سقط حدّ الزوجة وعليها الحد إلا أن تلتعن، وعليه حد الأجنبية، ويفارق هذا إذا قذفها برجل بعينه ولاعن وسماه في اللعان سقط حدهما؛ لأنه قذف بفعلٍ واحدٍ، فإذا ثبت صدقه في جانب امرأة ثبت في جانب المرمى به، وههنا قذف بتحصين بفعلين، فإذا سقط باللعان حق أحدهما لم يسقط حق الآخر، وإن امتنع من اللعان فقد اجتمع الحدان فهل يتداخل؟ فيه طريقان:

أحدهما: فيه قولان كما لو قذف أجنبيين بكلمة واحدة.

والثانية: قول واحد لا يتداخلان لأنهما مختلفان من جهة أنه يسقط أحدهما باللعان دون الآخر، وقد تقدم نظير هذا.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ قَذَفَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ لَهُ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لَاعَنَ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ».

إذا قذف أربع نسوة له أو أربع أجنبيات بكلمة واحدة هل يلزمه حدٌّ واحدٌ لهن أو يلزمه حدّ كامل لكل واحدة منهن؟ فيه قولان: قال في «القديم»: يجب حدّ واحد لهن، وبه قال أبو حنيفة في الأجنبيات لأنه حدود من جنس واحد فيتداخل كحدود الزنى.

وقال في الجديد: يلزمه حدود وهو الأصح واختاره المزني لأنها حقوق مقصودة للآدميين فلم تتداخل كالقصاص، وهذا لأن حقوقهم مبنية على التشديد والاستقصاء، ولو قذفهن بكلماتٍ (ق٢٠ب) يلزم لكل واحدة حدّ كامل بلا إشكال.

فإذا تقرر هذا فإن كن أجنبيات، فإن أقام البينة، عليهن سقط عنه حكم القذف ووجب الحدّ عليهن، وإن لم يقم البينة عليهن فحكم الحدّ على ما ذكرنا، وإن كن زوجات، فإن أقام البينة عليهن سقط حكم قذفهن، وإن أراد اللعان كان عليه أن يلاعن لكل واحدة منهن لعاناً منفرداً؛ لأنه يمين والأيمان لا تتداخل في حق الجماعة، ألا ترى

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٧٩).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٧٩).

أنه إذا ادعى رجلان على رجل مالاً لهما يحلف لكل واحد منهما يميناً منفردة.

وقال الاصطخري في «أدب القاضي» حكم إسماعيل بن إسحاق القاضي على رجل ادعى عليه رجلان مالاً بيمين واحدة فأجمع علماء عصره على أنه أخطأ في ذلك وخالف الإجماع.

قال الداركي: فسألت أبا إسحاق عن ذلك فقال: إن كانا ادعيا من جهة واحدة مثل إن تداعيا داراً ورثاها عن أبيهما، أو مال شركة بينهما حلف لهما يميناً واحدة، وإن كان الحق من جهتين لكل واحدة على الانفراد؛ لأنه إذا جمع بينهما في اليمين وكان لأحدهما حق لم يحنث، والمقصود باليمين مأثم الحنث إن كذب. وهذا الذي قاله أبو إسحاق صحيح، وحقوق الزوجات ههنا من جهات مختلفة لأنه لا يشتركن في زنى واحدٍ، ولو ادعى رجل على رجلين ملكين مختلفين جاز أن يحلفه يميناً واحدة لأن الحق لواحد.

وقال القفال: فيه وجهان:

أحدهما: ما ذكرنا، **والثاني**: يكفي لعان واحد لهن فيجمعهن فيه. ووجهه أن حق اليمين له لا عليه فله الجمع، كما لو أقام شاهداً على رجل لحق وعلى آخر بحق آخر فله أن يحلف يميناً واحدة يذكر فيها الحقين.

وكذا في يمين الرد لخلاف ما لو ادعى عليه جماعة لا يكفي لهم يمين واحدة وهذا قريب (ق٢١أ) لم يقله غيره من أصحابنا، وهو ضعيف لما ذكرنا.

وقال: إذا قلنا يكفيه لعان واحد، وقلنا: إذا قذف الأجنبيين يكفي حدّ واحد فههنا يكفي حدّ واحد إذا امتنع من اللعان.

وإن قلنا: يفرد كل واحدة باللعان فلكل واحدة حدّ بخلاف الأجنبيات.

فرع(1):

قال الشافعي(2): «وَإِنْ تَشَاحَحْنَ أَيَّتُهُنَّ تَبْدَأُ أَقْرَعَ بَيْنَهُنَّ لِتَسَاوِي حُقُوقِهِنَّ. قَالَ: وَأَيَّتُهُنَّ بَدَأَ الإِمَامُ بِهَا رَجَوْتُ أَنْ لَا يَأْثَمَ لأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ إِلَّا وَاحِداً وَاحِداً.

قال أصحابنا: هذا إذا لم يقصد الحاكم تفضيل بعضهن على بعض، وإنما بدأ بواحدة منهن على أنه لا بد من ذلك والقرعة أحسن.

مسألة:

قَالَ(3): «وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَصَابَهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي جَامَعَهَا فِيهِ، فَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ وَالوَلَدُ لَهَا».

---

(١) كذا بالأصل، والصواب [مسألة].
(٢) انظر الأم (٤/ ١٧٩).
(٣) انظر الأم (٤/ ١٨٠).

الفصل:

صورة هذه المسألة أنها طهرت من الحيض فوطئها فيه، ثم ذكرت أنها زنت في ذلك الطهر وأتت منه بولد، فإن له أن ينفيه باللعان وحكاه الشافعي عن عطاء.

ثم قال[1]: «قَالَ بَعْضُ مِنْ يُنْسَبُ إِلَى العِلْمِ إِنَّهُ إِنَّمَا يَنْفِي الوَلَدَ إِذَا قَالَ: قَدْ اسْتِبْرَأْتُهَا بَعْدَمَا وَطِئْتُهَا».

قال أصحابنا: هذا الذي حكاه الشافعي مذهب مالك في إحدى الروايتين، وهذا لفظ فيه خشونة، ولم يقصد بهذا القول الوضع منه وإنما أراد أنه منسوب إلى العلم كما يقال، قال بعض أهل العلم، فإن قيل: فإذا اجتمع في الرحم ماءه وماء الزاني من أين يترجح له في نفي الولد أنه من الزاني؟ قلنا: كان ابن سريج يذهب إلى أنه لا ينفيه مع اختلاط الماءين، وهو خلاف نص الشافعي فيقول: قد يترجح الحمل عنده مع اختلاط الماءين من وجوه؛ منها: أن الذكي الفطن (ق٢١ب) من الرجال يحس باللعوق عند الإنزال كان أو لم يكن، وكذلك من النساء من يحس به. ومنها: أن يعلم من نفسه أنه عقيم لا يولد له، ومنها: أنه يرى شبه الولد بالزاني. ويجوز النفي بغلبة الظن بالأمارات، فإن قيل: ولد أمته لا ينتفي عنه إلا بدعوى الاستبراء بعد الوطء فيجب أن يكون ولد الحرة مثله. ولد الأمة التي اعترف بوطئها يلحق به إلا أن يدعي الاستبراء، فإذا ادعى الاستبراء ينفي عنه من غير لعان، فلما كان الولد ينتفي عنه الاستبراء وجب ذكره وولد الحرة لا ينتفي عنه الاستبراء فلم يكن لذكر الاستبراء معنى.

واعلم أن الشافعي قال كما يذهب إلى أن نفي العجلاني كان بدعوى الاستبراء لم أقر بها منذ كذا وكذا. والجواب: أنه لا اعتبار بما ذكر العجلاني لأنه سمى الذي رأى بعينه يزني بها وذكر أنه لم يصبها منذ أشهراً.

ورأى النبي ﷺ بالولد علامة تثبت صدق الزوج، ولا يقال: لا يجوز نفي الولد إلا بإجماع هذه الوجوه والشرائط كلها كذلك في هذا المتنازع.

ثم ألزم الشافعي نفسه سؤالاً فقال[2]:

«فَإِنْ قِيلَ: فَمَا حُجَّتُكَ فِي أَنَّهُ يُلَاعِنُ وَيَنْفِي عَنْهُ الوَلَدَ، وَإِن لَمْ يَدعْ الاسْتِبْرَاءَ» ثم استغل الشافعي بالكلام في مسألة أخرى خلافية بينه وبين مالك قبل جواب هذا السؤال، فقال: قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] وقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ [النور: ٦] ولم تفصل عن أن يقول الرامي: رأيتها تزني، وبين أن يقول: زنت من غير دعوى الرؤية، ولم يفصل بين الأجنبي وبين الزوج، وقصد الرد على مالك حيث قال: «لا يصير قاذفاً حتى يقول: رأيتها تزني».

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٠). (٢) انظر الأم (٤/ ١٨١).

ثم رجع الشافعي إلى جواب ذلك السؤال (ق٢٢أ) **قَالَ**[١]: «**وَقَدْ يَكُونُ الاسْتِبْرَاءُ وَتَلِدُ مِنْهُ فَلَا مَعْنَى لَهُ مَا كَانَ الفِرَاشُ قَائِماً**» **لأن رسول الله ﷺ قال: «الولد للفراش» فلا ينتفي إلا بلعان.**

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ زَنَتْ بَعْدَ القَذْفِ أَوْ وَطِئَتْ وِطْئاً حَرَاماً فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانَ».

إذا قذف زوجته أو غيرها من الأجانب فلم يُحدّ القاذف حتى زنى المقذوف وثبت ذلك باعترافها أو بالبينة سقط الحد عن القاذف؛ لأن زنيها يدل على صدقه، وبه قال أبو حنيفة، ومالك وقال أحمد، وأبو ثور والمزني وداود: لا يسقط، واحتجوا بأنه معنى طرأ بعد وجوب الحد فلا يمنع من إقامته كردة المقذوف.

واحتج المزني فقال: كيف يكون هذا الزنى دليلاً على صدقه والوقت الذي رماها قد كانت في الحكم غير زانية أصلاً. وقوله: «إنه إنما ينظر إلى حال من تكلم بالرمي» وهي من ذلك الوقت في حكم من لم يزن قط، وهذا غلط لأن إحصان المقذوف شرط في وجوب الحدّ على القاذف، والإحصان طريقه غلبة الظن والاجتهاد دون القطع واليقين، والزنى، مما يستتر به فلما ظهر منه ذلك قدح ذلك في ظاهر إحصانه، ويدل ذلك على خبث سريرته وارتكاب أمثاله. وهذا كما لو شهد شاهدان ظاهرهما العدالة ثم ظهر منهما فسق قبل الحكم لم يجز أن يحكم به، وقدح ذلك في ظاهر عدالتهما حين شهدا به، كذلك ههنا. وروي أن رجلاً زنى بامرأة في زمان عمر ـ رضي اللّه عنه ـ فقال: والله ما زنيت إلا هذه المرة، فقال له عمر: كذبت فإن الله تعالى: لا يفضح عبداً في أول مرة. فإن قيل: العدالة في الشهادة آكد من الإحصان في الحد، لأن العدالة لا يكتفي الظاهر منها حتى يجب على الحاكم البحث (ق٢٢ب) والسؤال عنها، وليس كذلك الإحصان فإنه يجوز لها أن تكتفي بالظاهر منه ولا يجب عليه أن يبحث عنه.

قيل: اختلف أصحابنا في هذا، قال أبو إسحاق: يجب على الحاكم أن يبحث عن إحصان المقذوف قبل إقامة الحدّ على القاذف، كما أنه يجوز السؤال عن عدالة الشهود أيضاً؛ لأن ظهره حمي فلا يستباح بالاحتمال.

وقال غيره: لا يجب هذا السؤال ههنا وتكتفي بظاهر إحصانه، والفرق أن طلب زنى المقذوف والبحث عنه يؤدي إلى هتك ستره والكشف عما أمر بستره، وليس كذلك السؤال عن العدالة؛ لأنه ليس فيه هذا المعنى. وقيل: القاذف لما أتى بما منع منه صار عاصياً به، فغلظ عليه بإقامة الحدّ بظاهر الإحصان ولم يحصل من الشهود عليه عصيان يوجب التغليظ عليه بترك السؤال عن باطن عدالة الشهود الذين شهدوا عليه والاقتصار

(١) انظر الأم (٤/ ١٨١).
(٢) انظر الأم (٤/ ١٨١).

على ظاهره، فلا يقتصر عليه ويلزم التفحص لحقه، وإنما إذا ارتد المقذوف قلنا: قال القاضي الطبري: يحتمل أن يقال: يسقط الحدّ عن القاذف. فخرج فيه وجهاً آخر، وبه قال أبو حنيفة: والمشهور أنه لا يسقط به الحد عن القاذف، والفرق أن الردة لا تدل على تقدم الزنى وليست من جنسه، والردة يظهرها المرتد فلا يخفيها والزنى يخفيه الزاني فافترقا.

وأما ما ذكر المزني لا يصح؛ لأن حكم الزنى لا يتعلق إلا بفعل الزنى فلا يحكم بالزنى قبل الزنى، والعفة والفسق على العقائد والضمائر، ألا ترى أن رجلاً لو غصب جارية فزنى بها وعنده أنه غاصب زاني (ق٢٣أ) ثم استبان له أن المغصوبة مملوكية حكمنا بفسقه على قصده واعتقاده لا لصورة فعله، فكذلك لما زنت هذه المقذوفة غلب على القلب أنها كانت قبل ذلك على قصد الزنى لو تمكنت ولم تكن عفيفة القصد، فكان طعناً فيها وسقط حدّ القاذف.

فإذا تقرر هذا، قال الشافعي في هذه المسألة: «**أَوْ وَطِئَتْ وِطْئاً حَرَاماً**». قال أبو حامد: الواطىء الحرام على أربعة أضرب:

أحدها: وطء حرام لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك، مثل وطء المحارم بالنكاح، أو جارية الأم فيوجب الحد وتسقط الحصانة ولا يجب الحدّ على قاذفه.

والثاني: وطء حرام صادف ملكاً ولكنه حرام لعارض يزول كالحيض والنفاس والإحرام والعدة من غيره، فلا يجب به الحدّ ولا يسقط به الإحصان ولا يسقط الحدّ به عن قاذفه.

والثالث: وطء حرام صادف ملكاً إلا أنه ارتفع تحريمه بحالٍ كوطء المحارم بملك اليمين فهل يجب به الحد؟ قولان:

فإن قلنا: يجب به الحد لم يجب الحد على قاذفه وسقط إحصانه.

وإن قلنا: لا يجب به الحدّ حد القاذف ولا يسقط إحصانه، وهو اختيار القاضي الطبري.

والرابع: وطء حرام في غير ملكه سقط الحد فيه للشبهة، مثل أن يزوج بلا ولي ولا شهود، أو نكاح متعة فوطىء أو وطىء جارية ابنه، ووطىء على ظن أنها زوجته أو أمته لا يلزمه الحدّ ويلحقه النسب منه، وهل يسقط إحصانه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقط لأنه وطىء محرم لم يصادف ملكاً كالزنى، وهو اختيار أبي إسحاق وهذا أيضاً وطء سقط الحد فيه عن الوطء بالشبهة فسقط الحد به (ق٢٣ب) عن القاذف للشبهة.

والثاني: لا يسقط إحصانه لأنه وطء يلحق به النسب ولا يجب به الحد، كوطء الزوجة في حال الحيض.

وفيه وجه ثالث: أن كل وطء يوجب الحد مع العلم به لا يسقط الحصانة عند الجهل. فعلى هذا في مسألة الظن تسقط الحصانة وفي وطء جارية الابن والجارية المشتركة، والنكاح المختلف في إباحته لا تسقط الحصانة.

وفيه وجه رابع ذكره القفال: كل وطىء في غير ملك هو فيه معذور لم يسقط الحصانة، وإن لم يكن معذوراً يسقط الحصانة. ففي وطء جارية الابن والجارية المشتركة الحصانة، وكذلك في النكاح المختلف فيه إذا كان عالماً بتحريمه وفي مسألة الظن لا تسقط الحصانة.

قال: فإن نكحت بغير ولي واعتقادها أن هذا النكاح جائز لا يبطل إحصانها والمرأة بالوطء الحرام في هذا الموضع وطء أقدمت عليه وهي تعتقد تحريمه على الصحيح من المذهب، وعلى ما ذكرنا في وطء الرجعية والكاتبة هل يسقط الإحصان؟ وجهان.

وقال صاحب «الحاوي»[١]: وطء الحرام خمسة، منها ما يوجب الحدّ ويسقط الإحصان وهو ما ذكرنا.

والثاني: ما يسقط الإحصان قولاً واحداً وفي وجوب الحد به قولان وهي وطء المحرمة بالملك.

والثالث: ما يوجب الحد ويسقط الإحصان قولاً واحداً أيضاً وهو وطء جارية الابن والمشتركة.

والرابع: لا يوجب الحد وفي سقوط الإحصان به وجهان وهو الوطء في نكاح المتعة والشغار.

والخامس: ما يوجب الحد ولا يسقط العفة (ق٢٤أ) كوطء الحائض والمحرمة لأنه صادف محلاً مباحاً طرأ التحريم عليه لعارض.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ لَاعَنَهَا، ثُمَّ قَذَفَهَا فَلَا حَدَّ».

الفصل:

قد ذكرنا هذه المسألة فيما تقدم بالشرح، وذكرنا عن القفال أنه اختار أنه إذا قذفها بزنى آخر يلزمه الحد، وأراد بما ذكر ههنا أنه إذا قذفها بذلك الزنى الذي يلاعنها به ولا حدّ وهذا مسلم. فأما إذا قذفها بزنى آخر فقد قذف محصنة فكيف لا يلزمه الحد، ولهذا لو قذفها أجنبي يلزمه الحدّ بلا إشكال وقال صاحب «الإفصاح»: هذا لا يجيء على مذهب الشافعي؛ لأن لعانه سقط إحصانها في حقه. وأطلق الشافعي ههنا، وقال[٣]:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ١٢٥).
(٢) انظر الأم(٤/ ١٨٢).
(٣) انظر الأم (٤/ ١٨٢).

فَلَا حَدَّ لَهَا كَمَا لَوْ حُدَّ لَهَا، ثُمَّ قَذَفَهَا لَمْ يُحَدَّ ثَانِيَةً».

قال الشافعي: «**وَيُنْهَى فَإِنْ عَادَ عُزِّرَ**». يعني في هاتين المسألتين:

إحداهما: إذا قذفها بعد اللعان، **والأخرى**: إذا قذفها بعد الحد، وإنما يعزر لأنه أذاها بنوع من الأذى، ثم قال[1] بعد هذا: «**وَلَوْ قَذَفَهَا بِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ وَطَلَبَ الحَدَّ**».

الفصل:

وقد ذكرنا هذه المسألة بالشرح وفي أكثر النسخ: فإن التعن فلا حد لها وإذا بطل الحد لها بطل له» وفي نسخة أخرى: «فإن التعن فلا حد له إذا بطل الحد لها بطل الحد له» والمعنى متقارب، ويحتمل أن الشافعي صوَّر هذه المسألة فيما لو سمى المزني به في اللعان، ويحتمل أنه صوَّر فيمن لم يسم في اللعان، وأجاب على أحد القولين إذا لم يسمه في اللعان هل يسقط حدّه؟ وفيه قولان مشهوران، ولو جاء المزني بها أولاً يطلب الحد والمرأة لم تحضر، ولم تطلب فللزوج أن يستحضر المرأة ويلاعنها ليدرأ عن نفسه (ق٢٤ب) ما توجه عليه من الحدّ للمرمى به.

واحتج الشافعي بأن العجلاني رمى امرأته بأبي إسحاق رجل مسلم فلاعن بينهما وفي إسلامه اختلاف، وكذلك هل سمى العجلاني المزني به أم لا وقد ذكرنا ذلك.

مسألة:

قَالَ[2]: «**وَلَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَذَفَهَا حُبِسَ حَتَّى يَعْدِلُوا**».

إذا شهد عليه شاهدان بالقذف وطالب المدعي الحاكم أنه يحبس المدعى عليه حتى تثبت عدالتهم يجاب إلى ذلك؛ لأن الشهادة التي حجة في القذف قد حصلت في الظاهر؛ لأن الناس على ظاهر العدالة حتى يعلم غيره، وإنما يبحث ويستكشف من الشهود ما يسقط شهادتهم من الجرح، فإذا كان كذلك حُبس، لأنَّا لا نأمن أن يهرب فيفوت حقه وغاية حبسه تعديل الشهود، ثم يخرج من الحبس ويقام عليه الحد إن عدلت الشهود وإلا خلي سبيله. ولو شهد بذلك شاهد واحد، وسأل حبسه حتى يأتي بشاهد آخر.

قال الشافعي: ههنا بعد هذا «**وَلَا يُحْبَسُ بِوَاحِدٍ**» وفي المسألة قولان:

أحدهما: هذا لأن الشاهد الواحد ليس بحجة في ثبوت القذف.

والثاني: يحبس ذكره ابن أبي هريرة قياساً على ما قال في العبد إذا ادَّعى العتق وأقام شاهداً واحداً هل يحال بينه وبين سيده؟ قولان: وهذا لأن جانبه قوي بإقامة هذه الشهادة فيحبس احتياطاً.

قال هذا القائل: تأويل قول الشافعي ههنا: «ولا يحبس بواحد» أي من هذين

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٢).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٨٣).

اللعان والحد، بل إذا ثبت عليه القذف بشهادة عدلين أقيم عليه الحد عاجلاً إن لم يلتعن، ولا يحبس ليلتعن خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: «يحبس ليلاعن» وهذا تأويل بعيد (ق٢٥أ) وأما في حدّ الله تعالى إذا أقام شاهدين لا يحبس حتى تظهر عدالتهما؛ لأنه لو هرب بعدما توجه عليه حدّ الله تعالى لم يطلب بخلاف حق الآدمي.

هكذا ذكره القفال، وأما في المال إذا شهد عليه شاهدان بمال، قال أصحابنا: يجوز حبسه حتى يسأل عن الشاهدين.

وحكى الداركي عن أبي محمد الفارسي، عن الاصطخري أنه قال: لا يحبس في المال؛ لأنه وإن هرب يمكن استيفاءه من ماله بخلاف الحد، وهذا لا يصح لأنه إن لم يكن ماله ظاهراً لا يمكن استيفاءه، وإن كان ظاهراً فاستيفاءه مع حضوره أمكن، فكان له غرض في حبسه فجاز ذلك.

وأما إذا أقام شاهداً واحداً في المال، وقال: أحلف مع شاهدي وقلنا بالقول الأول، قال أبو إسحاق: يحبس المدعى عليه قولاً واحداً؛ لأن الحجة قد حصلت وإنما يجوز للحاكم أن يحلفه حتى يسأل عن حال الشاهد، لأنه لو حلفه ثم سأل عن الشاهد فكان فاسقاً كان قد وضع اليمين في غير موضعها، وكان الامتناع من سماع يمينه من جهة الحاكم واجباً، فيحبس المدعى عليه حتى يسأل عن الشاهد فإذا ظهرت عدالته يحلفه ويحكم له بالمال على المدعى عليه.

مسألة:

«قَالَ[1]: «وَلَا يَكْفُلُ رَجُلٌ فِي حَدٍّ وَلَا لِعَانٍ».

قال أصحابنا: لا تجوز الكفالة ببدن من عليه الحد الذي هو حق الله تعالى مثل حدّ الزنى والشرب والسرقة، وهل تصح ببدن من عليه المال؟ قولان: وقال المزني: هذا دليل على إثباته كفالة الوجه من غير الحد، وهو الصحيح إلا أنه استدل بمفهوم كلام الشافعي على أنه مذهبه جوازها في المال.

وقد ذكرنا شرح هذه المسألة فيما تقدم، وأما الكفالة ببدن من عليه (ق٢٥ب) حدّ الآدمي كالقصاص وحدّ القذف من أصحابنا من قال: لا يجوز قولاً واحداً.

والفرق أنه لما جاز أن يتكفل بالمال جاز أن يتكفل ببدن من عليه المال، ولما لم يجز أن يكفل بالحد لم يجز أن يتكفل ببدن من عليه الحد. وقيل: فيه قولان، وقيل: هو مرتب. فإن قلنا: الكفالة ببدن من عليه المال لا تجوز فببدن من عليه الحد أولى.

وإن قلنا: ذاك يجوز فهل يجوز هذا؟ قولان، وقال القفال: الأقيس أنه يجوز وتأويل قول الشافعي ههنا: «ولا يكفل رجل في حد» أي نفس الحد واللعان لا يكفله

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٣).

رجل بخلاف المال وهذا بعيد عند أصحابنا.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ قَالَ: زَنَا فَرْجُكِ أو يَدُكِ وَرِجْلُكِ فَهُوَ قَذْفٌ».

الفصل:

اعلم أن الشافعي رضي الله عنه قال في القديم: لو قال لامرأته: زنى فرجك فهو قاذف، ولو قال: يدك أو يديك أو رجلك، قال بعض الناس في القذف هو قاذف وفي اليد والرجل لا يكون قاذفاً ولا في العين، قال الشافعي: وهذا كله ما عدا الفرج واحد.

قال أبو إسحاق: لما قال هذا كله ما عدا الفرج واحد دل على أنه لم يجعله قذفاً وأراد بقوله بعض الناس أبا حنيفة، ونقل المزني في «الجامع الكبير» مثل ما ذكره الشافعي في القديم، واختار أنه إذا قال: زنى بدنك كان قذفاً، وإذا قال: زنى يدك أو رجلك لا يكون قاذفاً، وقول الشافعي بعد هذا: «وكلما قاله فكان شبه القذف إذا احتمل غيره لم يكن قذفاً» يدل على أن المزني غلط في نقله لأن قوله: زنى يدك أو رجلك يحتمل زنى المشي وزنى اللمس وفي [النظر] يحتمل زنى العين كما قال ﷺ: «العينان تزنيان واليدان تزنيان (ق٢٦أ) والرجلان تزنيان ويصدقهما الفرج أو يكذبهما»[٢].

وقال ابن أبي هريرة: غلط المزني فيما نقله، ولم يذكر الشافعي هذه المسألة إلا في القديم، وظاهر كلامه فيه يدل على أنه ليس بقذفٍ، ولعل ما حكاه المزني في اليد والرجل مذهب مالك.

ومن أصحابنا من صحح ما نقله المزني في اليد والرجل، وقال: يكون صريحاً في القذف لأنه أضاف الزنى إلى عضو منها، فأشبه قوله زنى فرجك، ولأنه لا فرق في الطلاق والظهار بين الإضافة إلى اليد والفرج، فكذلك في القذف. وجملة المذهب أنه إذا قال لها: زنى فرجك كان قذفاً، ولو قال: زنى يدك أو رجلك أو عينك فالمذهب أنه كناية في القذف، وفيه وجه آخر وقول آخر: أنه صريح في القذف وهو ضعيف.

وقال صاحب «الحاوي»[٣]: الوجهان في اليد والرجل والرأس فأما إذا قال: زنت عينك لا يكون قذفاً وجهاً واحداً، ولو قال: زنى بدنك فيه وجهان أيضاً، ولأن البدن بعض من الجملة، والصحيح والمذهب ههنا أنه يكون قذفاً. وبه قال ابن سريج: وهو مذهب أبي حنيفة، لأنه لا فرق بين قوله: زنيت وبين قوله: زنى بدنك؛ لأنه أضاف القذف إلى جملتها، ولأن البدن هو الجملة التي منها الفرج، وعن أبي حنيفة في الرأس أنه يكون قذفاً،

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٤).

(٢) أخرجه البخاري (٦٢٤٣، ٦٦١٢)، ومسلم (١٢٥٧).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ١٣٠).

فاعتبر العضو الذي لا يبقى البدن بدونه، ولو قال: زنى فرجي كان إقراراً بالزنى قولاً واحداً. ولو قال: زنى يدي أو رجلي أو عيني لم يكن إقراراً بالزنى لا يختلف أصحابنا فيه.

فإذا تقرر هذا فكل ما قلنا إنه صريح في القذف إذا ذكره حمل على القذف ولا ينوي فيه، وكل ما قلنا إنه كناية، فإن قال: لم أرد به القذف قُبل منه مع يمينه (ق٢٦ب) وإذا قال: أردت القذف قُبل منه لأنه محتمل.

مسألة:

قَالَ[١]: «وكُلَّما قَالَهُ وَكَانَ يُشْبِهُ القَذْفَ إِذَا احْتُمِل غَيْرُهُ لَمْ يَكُنْ قَذْفاً».

قصد به الرد على مالك حيث قال: التعريض في القذف كالصريح مثل أن يقول في حال الغضب لمن شاتمه يا ابن الحلال وما شاكل ذلك، مثل أن يقول: ما أنا بزاني ولا أمي بزانية وما أحسن ذكر أمك في الجيران، وإن قال ذلك في حال الرضا، وبه قال إسحاق، وأحمد في أشهر الروايتين عنه، وعندنا لا يكون هذا قذفاً، وبه قال أبو حنيفة، والدليل على هذا ما احتج به الشافعي أن رجلاً من غزارة.

قال: يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاماً أسود فجعله النبي ﷺ قذفاً. وقال الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥] فكان التعريض خلاف التصريح كذلك ههنا.

وروي أن رجلاً قال: يا رسول الله إن امرأتي لا ترد يد لامس. الخبر. وهذا تعريض ولم يجعله النبي ﷺ قذفاً؛ ولأنه لو قال الرجل: ما زنيت لم يكن إقراراً فكذلك إذا قال لغيره: أنت ما زنيت لم يكن إقراراً واحتج مالك بأن عمر رضي الله عنه جلد في التعريض جلداً تاماً، ولأن دلالة الحال تقوم مقام القصد والنية، فإذا انضمت إلى التعريض كان بمنزلة التصريح. قلنا: روينا عن سمرة بن جندب رضي الله عنه قال: من عرض عرضنا ومن صرح صرحنا. وأراد بقوله عرضنا له العقوبة دون الحد، ولأنه لا اعتبار بدلالة الحال؛ لأن الحد (ق٢٧أ) يسقط بالشبهة، وفي التعريض شبهة ظاهرة. فإذا تقرر هذا ذكر الشافعي في الأم[٢] أنه إذا قال: يا فاجرة، ويا فاسقة، ويا غلمة، ويا شبقة كله تعريض إن أراد به القذف كان قذفاً.

قال القفال: وكذلك لو قال: يا خبيثة يا قوادة يا مواجرة لا يكون صريحاً. ولو قال: ما أحسن وجهك أو بارك الله عليك لا يكون قذفاً، وإن نواه؛ لأنه لا يحتمل القذف.

فرع:

لو قال الرجل: يا لوطي كان كناية، وفيه وجه آخر أنه صريح. وكذلك لو قال:

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٤). (٢) انظر الأم (٥/ ٢٨٦).

يتلوط أو لاط.

فرع آخر:

لو قال: أخبرت أنها زنت لم يكن قاذفاً.

فرع آخر:

لو قال: أنت زاني زنأ في الجبل كان قذفاً ويحتمل وجهاً آخر، ولو قال: زنأت في الجبل يا زان فالأقوى أنه قذف.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَا يَكُونُ اللِّعَانِ إِلَّا عِنْدَ سُلْطَانٍ أَوْ عَدُولٍ يَبْعَثُهُمْ السُّلْطَانُ».

قال أصحابنا: أراد بالعدول خليفته وشاهدين يشهدان عليه فيما يمضيه ويحكم به. وقيل: أربعة عدول، وإن لم يبعث إلا خليفته وحده أجزأه في صحة اللعان. وقد ذكرنا أنه لا بد فيه من الحاكم، ولا يجوز إلا بعد أن يعرض الحاكم ألفاظ اللعان عليه.

فرع:

لو ترافع الزوجان إلى رجل يعرف الأحكام ورضيا بحكمه هل يصح أن يلاعن بينهما؟ قال ابن أبي هريرة: لا يجوز قولاً واحداً، وإنما القولان في الأموال التي يجري فيها الإباحة. قال: ولا يجوز التحكيم في الطلاق والعتاق أيضاً لأنه لا تجري فيه الإباحة، وبه قال صاحب «الإفصاح» وظاهر نصه ههنا هذا، وهو ظاهر المذهب، وقال الاصطخري، وأبو إسحاق: لا فرق بين الأموال وغيرها (ق٢٧ب) وفي الكل قولان.

فإذا قلنا: يجوز فمتى يلزم حكمه عليها؟ وجهان:

أحدهما: يلزم بنفس الحكم.

والثاني: يلزم بالتراضي بعده، وقيل: القولان في اللعان بناءً على اختلاف قوليه في لزوم حكمه في عين اللعان.

فإن قلنا: يلزم ولا يقف حكمه على رضاهما يجوز ههنا، وإن قلنا: هناك لا يلزم إلا بعد التراضي بالتزامه بعد الحكم لا يجوز ههنا لأن حكم اللعان لا يقع إلا لازماً، ولا يصح فيه العفو والإبراء، ولا يقف على التراضي. وكان الداركي يقول: يجوز فيه التحكيم عند القاضي للضرورة، وأما التحكيم في النكاح قال القاضي الطبري: سمعت بعض شيوخنا يقول: ينظر فيه، فإن كان لها ولي حاضر أو غائب لا يجوز؛ لأنه إذا كان حاضراً فالحق له دون المرأة، وإن كان غائباً فالحق له أيضاً إلا أن الحاكم يقوم مقامه في استيفائه، فلم يكن لرضا المرأة بحكم من رضيت به معنى، وإن لم يكن لها ولي أصلاً

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٤).

فهل يجوز التزويج بالتحكيم؟ وجهان:

أحدهما: يجوز، لأن الحق لها وإنما يزوجها الحاكم بولاية النظر في مصالح المسلمين، بخلاف ما إذا كان الولي غائباً، لأن الحق للولي دونها.

والثاني: لا يجوز لغلظ حكمه.

فرع آخر:

إذا زوج أمة من عبده هل يجوز أن يلاعنا عند سيدهما؟ فإن كان عامياً لا يعرف الأحكام لم يجز، وإن عالماً يحسن أن يلاعن بينهما، من أصحابنا من قال: يجوز منه ذلك، لأنه يجوز منه إقامة الحد عليه كالحاكم، ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان:

أحدهما: ما ذكرنا.

والثاني: لا يجوز ذلك لأنه يقيم الحد عليها (ق٢٨أ) بالإقرار دون البينة واللعان بينة فلا يجوز له سماعه، ولو تلاعن الزوجان وحدهما وتراضيا به لا يجوز بلا إشكال.

باب الشهادة من اللعان

مسألة:

قَالَ[١]: «إِذَا جَاءَ الزَّوْجُ وَثَلَاثَةٌ يَشْهَدُونَ عَلَى امْرَأَتِهِ مَعاً بِالزِّنَى لَاعَنَ الزَّوْجِ».

الفصل:

إذا شهد الزوج على زوجته بالزنى مع ثلاثة نفر لا تقبل شهادته؛ لأنه يتصور فيه صورة المدعيين، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: تقبل شهادته، وهذا غلط لما ذكره الشافعي أن شهادته تضمنت أنها أفسدت فراشه وألحقت به نسباً ليس منه ووترته من نفسه بأعظم من أن يأخذ الزنى له، ويشتم عرضه أو ماله تشديد من الضرب، فلهذا لا تقبل شهادته، ومعنى وترته: أي نفضته في نفسه بما التزمه من العار.

وجملة مقصودة أنه صار عدواً له وخصماً ومن المحال قبول شهادة العدو على العدو والخصم على الخصم.

فإذا تقرر هذا نقول: الخلاف إذا لم يتقدم القذف منه، فإن تقدم منه قذفها ثم جاء مع ثلاثة فشهدوا عليها بالزنى لا تقبل شهادته بالإجماع؛ لأنه صار خصماً بالقذف، ويلزم الحد إلا أن يلاعن أو يقيم البينة، وهل يحد الشهود الثلاث؟ قولان: لأنهم نقصوا عن أربعة، وعند أبي حنيفة: يحدون ولو لم يتقدم قذفه وجاء يشهد مع الثلاثة، وقد بيَّنا أنه لا يقبل ويكون قاذفاً يلاعن أو يحد وهو ظاهر المذهب، واختيار أبي إسحاق، ويفارق الشهود الثلاثة لا يحدون في أحد القولين؛ لأن الزوج جاء (ق٢٨ب) مجيء الخصوم

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٥).

وهؤلاء الثلاثة جاؤوا مجيء الشهود. وعلى هذا قال بعض مشايخنا: لو أن جماعة من الفسقة الذين يلعنون بفسقهم ولا يسترون به جاؤوا وشهدوا على زنى رجل، مع علمهم بأن شهادة مثلهم مزدردة. جعلناهم قذفة قولاً واحداً، ولا ندخلهم في مسألة القولين، وإن قيدوا ألفاظهم بالشهادة. وبه قال ابن أبي هريرة، وهل يجري الزوج مجرى الشهود في سقوط الحد عنه؟ وجهان:

أحدهما: لا حد عليه وهو الاختيار؛ لأنه جاء بلفظ الشهادة، فعلى هذا لو أراد اللعان لم يكن له إلا باستئناف قذف.

والثاني: قاله أبو إسحاق يُحد قولاً واحداً؛ لأنه لما امتنع أن يكون شاهداً امتنع أن يكون لفظه شهادة، وصار قذف محصنة فيلاعن بما تقدم.

فرع:

إذا قلنا: يحد الشهود فعلى الزوج الحد أيضاً، ولكن للزوج أن يلاعن على ما ذكرنا، وهل يجوز أن يحد الشهود قبل لعان الزوج؟ وجهان مبنيان على أن الزوج إذا لاعن وامتنعت من اللعان فحدت هل تسقط حصانتها مع الأجانب؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: لا تسقط يجوز أن يُحد الشهود قبل لعانها.

وإن قلنا: تسقط لا يُحد الشهود إلا بعد اللعان؛ لجواز أن تمتنع فتحد فتسقط حصانتها معهم.

فرع آخر:

لو شهد أربعة بالزنى وفيهم من رُدت شهادته لرق أو فسق.

قال أبو إسحاق في حدّ الباقين قولان، وقال الاصطخري: إذا كمل عددهم ونقصت صفتهم لم يحدوا قولاً واحداً (ق٢٩أ) لأن نقصان الصفة راجع إلى الحاكم ونقصان العدد راجع إلى الشهود، وهذا فرق ضعيف.

مسألة:

قَالَ[١]: «**وَلَوْ قَذَفَهَا وَانْتَفَى مِنْ حَمْلِهَا وَجَاءَ بِأَرْبَعَةٍ فَشَهِدُوا أَنَّهَا زَنَتْ لَمْ يُلَاعِنْ حَتَّى تَلِدَ**».

إذا شهدوا عليها بالزنى، فقد ذكرنا أنه سقط عنه حدّ القذف ووجب عليها حدّ الزنى، ويقام عليها إلا أن تكون حاملاً فتؤخر حتى تضع، وقد قال ههنا: «**وَلَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ ثُمَّ تُحَدُّ**» وفيه إشكال لأنه لا يجوز أن يبادر إلى حدها عقيب الوضع، ومعناه تحد إذا احتملت الحد، ثم كلمة تحتمل التراخي والأولى أن لا تُراجم المرأة حتى تحصن

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٧).

الولد، وإن وجد من يكفله ولا يعمل الشهود في نفي الولد بحالٍ، وينظر في الزوج، فإن لم يكن لها حمل ولا ولد لا يلاعن لقطع الفراش على ظاهر مذهب الشافعي.

وقال أبو الطيب ابن سلمة: يلاعن له ليستفيد بحرمتها على التأبيد فينحسم الطمع في مراجعتها، ويكون أبلغ من دخول المعنى عليها، وإن كان هناك حمل فلا لعان ههنا لأجل الحمل دون غيره، ومتى كان اللعان لأجل الحمل وكان مقصوداً به، هل يجوز أم لا؟ على قول أبي إسحاق لا يجوز قولاً واحداً، وعلى قول غيره قولان، وقوله ههنا: «**لَمْ يُلاعِنْ حَتَّى تَلِدَ**» يدل على ما قاله أبو إسحاق، وهذا لأن القذف صار كالمعدوم بإقامة أربعة من الشهود على زنيها، ويفارق هذا إذا قذفها والنكاح قائم، ولم يقم البينة على زنيها وهي حامل له أن يلاعنها قولاً واحداً؛ لأن القذف باقٍ وللزوج فواحدة عن نفسه بلعانه مع عدم الحمل (ق٢٩ب) فكان له ذلك عند وجود الحمل.

ومن أصحابنا من قال: هل يلاعن عن الحمل في جميع المواضع؟ قولان لأنه نص ههنا على أن لا يلاعن حتى تلد، وهذا ضعيف أنكره جمهور أصحابنا.

فرع:

إذا أراد أن يلاعن لنفي ولدها ولم يكن قذفها قبل الشهادة فهل يستغني بالشهادة عن التلفظ بقذفها؟ وجهان محتملان:

أحدهما: يستغنى به، فعلى هذا يقول في لعانه: أشهد أني لمن الصادقين في زنيها، ولا يقول فيما رميتها به لأنه لم يرمها.

والثاني: لا بد من القذف لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ [النُّور: ٦] فجعل رميه شرطاً في اللعان، فعلى هذا يستأنف القذف ثم يلاعن.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى إِقْرَارِهَا بِالزِّنَى لَمْ يُلاَعِنْ وَلَم يُحَدَّ وَلاَ حَدَّ عَلَيْهَا».

إذا قذف زوجته يلزمه الحد في الظاهر، فإن طالبته به فقال: أنت قد اعترفت بالزنى فإما أن تقر أو تنكر، فإن أقرت ثبت زنيها وسقطت حصانتها ووجب عليها الحد باعترافها، وسقط الحد عن قاذفها، وإن كذبته لا يخلو إما أن تكون معه بينة أولاً، فإن لم يكن فالقول قولها فإذا حلفت سقطت دعواه وعليه حدّ القذف إلا أن يسقطه باللعان، وهذه اليمين ليست على حدّ الزنى؛ لأن اليمين لا تدخل فيه، وإنما هي لإسقاط دعواه ليثبت عليه حدّ القذف لها الذي هو حق الآدمي، وإن كان معه بينة على إقرارها بالزنى فهل يثبت إقرارها به بشاهدين؟ قولان:

---

(١) انظر الأم (١٨٨/٤).

أحدهما: يثبت كسائر الأقاويل وهو الصحيح.

والثاني: لا يثبت إلا بأربعة كنفس الزنى لا يثبت إلا بأربعة.

قال القفال: وبه أجابه ههنا: فإذا قلنا بالأول سقط الحد (ق٣٠أ) على قاذفها ولا حد عليها لأنها جاحدة له، وحدّ الزنى يسقط بالرجوع بعد الاعتراف، ولو أقرت بالزنى ثم قالت: ما زنيت يُقبل، ولو قالت: ما أقررت بالزنى ولم تقل: ما زنيت أقيم عليها الحد؛ لأن الإقرار قد ثبت بشاهدين وهذا تكذيب الشهود لا رجوع عن الإقرار. وإن قلنا بالقول الثاني لا يسقط الحدّ عن قاذفها، وقال القفال: المنصوص ههنا أنه لا يثبت الإقرار بشاهدين ولا يلزم الحدّ على قاذفها، ويجوز أن تُقبل البينة في إسقاط الحدّ دون إيجابه؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ألا ترى أنه لو شهد أربعة بالزنى وشهد أربع نسوة أنها عذراء أسقطنا حدّ القذف عنه ولا حدّ عليها، وكذلك إذا أقام أربعة من الفسقة بالزنى أسقطنا حدّ القذف ولا نوجب حدّ الزنى، فكذلك الشاهدان على إقرارها بالزنى بينة صالحة لإسقاط حدّ القذف، وإن كانت غير صالحة لإيجاب حدّ الزنى وفي هذا نظر، وإنما قال ههنا: «**وَلاَ حَدَّ عَلَيْهَا**» **بجحودها لأن البينة على الإقرار بالزنى لم تكمل**.

فرع:

لو أقام الشاهدان على إقرارها بالزنى: وقلنا: يسقط عنه الحد، ثم أراد أن يقيم البينة على زنيها هل يجوز؟ وجهان:

أحدهما: يجوز تصديقاً لقذفها وتكذيباً لإنكارها، وهو اختيار أبي الطيب ابن سلمة.

والثاني: وهو الأصح لا يجوز ويمنع من التعرض لها؛ لأنه لا يستفيد به حقاً لأن حده سقط بإقراره.

فرع آخر:

لو شهد عليها أربع بنين له بالزنى، فإن كانوا من هذا الزوج لا تُقبل شهادتهم لأنهم شهدوا لأنفسهم، وإن كانوا من غيره (ق٣٠ب) قُبلت شهادتهم نص عليه في «الأم»[١] لأن شهادة الابن على الأم مقبولة.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر لا تُقبل شهادتهم عليها لأنها إذا لم تقبل بهم لا يجوز أن تُقبل شهادتهم، وهو ضعيف.

ومن أصحابنا من قال: إذا كانوا من هذا الزوج لا تُقبل في سقوط الحدّ عن أبيهم، وفي وجوب الحدّ على الأم قولان مبنيان على تبعيض الشهادة، تجوز أم لا؟ ولو شهد عليه ابناه بقذفها فإن كانا من غيره تُقبل، وإن كانا منها لم تُقبل. ولو شهد ابناها على

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٧).

إقرارها بالزنى، فإن كان من غيره تُقبل لإسقاط حدّ قذفه وإن كانا منها لا تُقبل.

مسألة:

قَالَ(١): «**وَلَوْ قَذَفَهَا وَقَالَ: كَانَتْ أَمَةً أَو مُشْرِكَةً فَعَلَيْهَا البَيِّنَةُ أَنَّهَا يَوْمَ قَذَفَهَا حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ**».

الفصل:

إذا قال القاذف: قذفتك وأنت أمة أو مشركة، وقالت المقذوفة: بل قذفتني وأنا حرة أو مسلمة، فإن عرف أنها كانت مشركة أو أمة، وادَّعت أنه قذفها، وقد أعتقت أو أسلمت فالقول قوله عليها البينة، وإن لم يعرف حالها كيف كانت، قال أبو إسحاق: يحتمل وجهين، وقال صاحب «الإفصاح»: فيه قولان:

أحدهما: القول قوله. وهو الذي نقله المزني؛ لأن الدار يجمع المسلمة والمشركة والحرة والأمة، فإذا ادعت أنها كانت مسلمة أو حرة فعليها البينة.

والثاني: نص عليه في كتاب اللقط القول قولها، لأنَّا إذا رأينا في الحال حرة مسلمة فالظاهر أن ذلك حالها فيما مضى إلا أن يعلم غيره بالبينة.

واعلم أن صورة هذه المسألة (ق٣١أ) أنه قذفها مُطلقها ثم اختلفا بعده، وصورة هذه المسألة مخالفة للمسألة التي مضت قبل هذه، وذلك لأن في هذه المسألة قذفها بالزنى، ثم اختلفا بعد القذف كيف كان حالها وقت القذف، وفي تلك المسألة أضاف الزنى إلى حال الصبي والشرك وحال الرق وكان القذف مفيداً، وهي في حال القذف حرة مسلمة إلا أن الحكم في المسألتين واحد على ما بيناه، فإن قيل: إذا قطع يده ثم اختلفا فقال القاطع: قطعت يده وهو عبد، وقال المقطع بل أنا حر وكان مجهول الحال.

قال الشافعي: «القول قول المقطوع يده وعلى القاطع البينة» قلنا: قال أبو إسحاق: الفرق أنَّا إذا جعلنا القول قول القاذف لا يؤدي إلى بطلان الحدّ، فإنَّا نعزره وهو يقوم مقام الحدّ في التكذيب، وإذا جعلنا القول قول الجاني أدى إلى بطلان القصاص، ولا يكون هناك ما يقوم مقام القصاص في الردع فجعلنا القول قول المقطوع حتى لا يؤدي إلى سقوط ما يتعلق به الردع.

ومن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وخرجهما على قولين أو الصحيح ما تقدم، فإن قيل: القاضي في «كتاب اللقطة» في لقيط وجد في دار الإسلام فبلغ، فقذفه رجل عليه الحدّ إلا أن يقيم البينة أنه مملوك. قلنا: من أصحابنا من قال: فيهما قولان على سبيل النقل والتخريج، ومنهم من فرق بين اللقيط وبين مجهول الحال، بأن ظاهر الدار أوجب للقيط الحرية في الظاهر، وفي مجهول الحال لم نجد

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٨).

أصلاً نبني عليه، والأصل براءة ذمة القاذف ذكره القفال.

مسألة:

قَالَ[١]: «(ق٣١ب) فَلَوْ كَانَتْ حُرَّةٌ [مُسْلِمَةٌ] فَادَّعَى أَنَّهَا مُرْتَدَّةٌ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ».

قال أبو إسحاق: عليه البينة لأنه قد اعترف بأنها كانت مسلمة، وادَّعى تغير حالها فلم يقبل إلا ببينة، كما إذا أقرت بأنها كانت أمة وادعت تغير حالها قبل قذفها، لم يقبل ذلك منها، وإن علم أنها كانت مرتدة واختلفا في وقت قذفها فقال: قذفتك وأنت مرتدة، وقالت: قذفتني وقد أسلمت كان القول قوله مع يمينه.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ ادَّعَى أَنَّ لَهُ البَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِهَا بِالزِّنَى وَسَأَلَ الأَجَلَ لَمْ يُؤَجِّلُ إِلَّا يَوْماً أَوْ يَوْمَيْنِ».

هكذا ذكره الشافعي، وقال أبو إسحاق: أكثره ثلاثة أيام، وقول الشافعي: «يوماً أو يومين» تقريب لا تحديد، فإن جاء بها وإلا حُدّ أو لاعن، وكذلك إذا أقام البينة عليها بالزنى فادعت جرح الشهود، أو أقامت هي عليه البينة بالقذف فادعى جرح الشهود ولم يؤجل أكثر من ثلاثة أيام، لأنه لا بد من مدّةٍ في إحضار الشهود وأول الحدود الثلاثة لأنها جعلت حداً في مواضع كثيرة.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَلَوْ أَقَامَتْ البَيِّنَةَ أَنَّهُ قَذَفَهَا [كَبِيرَةً وَأَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ قَذَفَهَا] صَغِيرةً فَهَذَانِ قَذْفَانِ مُفْتَرِقَانِ».

إذا قذف امرأته مطلقاً فطالبته بالحدّ فقال: كنت حين القذف صغيرة، لا يخلو إما أن يكون لها بينة، أو لا، فإن لم يكن فالقول قوله، لأن الأصل براءة ذمته عن الحدّ والأصل الصغر، وإن حلف سقط الحدّ وعليه التعزير إلا أن يلاعن، وإن كان لها بينة أقامت بينتها على أنه قذفها وهي كبيرة حُدّ إلا أن يلاعن، وإن كانت له بينة مع بينتها لم يخل، إما أن يكونا مطلقتين أو مقيدتين، فإن كانت مطلقتين مثل إن قامت البينة أنه قذفها كبيرة وأقام البينة أنه (ق٣٢أ) قذفها صغيرة فهما قذفان: قذف حال الصغر وقذف حال الكبر، فعليه تعزير وحد إلا أن ينفيهما اللعان.

ومن أصحابنا من قال: هل يدخل التعزير في الحد؟ وجهان:

أحدهما: يدخل فيه لأنه من جنسه ولمستحقه.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٨٨).
(٢) انظر الأم (٤/ ١٨٩).
(٣) انظر الأم (٤/ ١٨٩).

والثاني: لا يدخل، لأن حقوق الآدميين لا تتداخل فيقام عليه التعزير، ثم الحد. وإن كانتا مقيدتين لا يخلو إما إن تكونا مقيدتين بوقت واحد، مثل إن شهدت إحداهما أنه قذفها مع الزوال أول رمضان وكانت كبيرة، وقالت الأخرى: قذفها في هذا الوقت وهي صغيرة، أو اتفق الزوج والزوجة أن القذف واحد، فقد تعارضت البينتان؛ لأن الجمع بينهما لا يمكن، وفي البينتين المتعارضتين قولان:

أحدهما: تسقطان.

والثاني: تستعملان، وإذا قلنا تستعملان فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: توقفان.

والثاني: يقرع بينهما.

والثالث: يقسم.

فحصل أربعة أقوال ويجيء في هذا الموضع الأقاويل الثلاثة ولا يجيء قول القسمة، فإن قلنا: يوقفان، لم يحكم عليه بشيء ههنا، وإن قلنا: يقرع فمن خرجت القرعة على بينته حكم بها، فإن خرجت القرعة على بينتها حُدَّ الزوج، وهل تحتاج المرأة أن تحلف مع القرعة؟ قولان مبنيان على القولين في القرعة هل دخلت مرجحة للدعوى أو للبينة؟ فإن قلنا: ترجح الدعوى يحلف، وإن قلنا: ترجح البينة لا يحلف. وإن خرجته القرعة على بينته سقط الحدّ وعزر، وهل يحتاج أن يحلف مع القرعة؟ قولان. وإذا قلنا: يسقطان وهو الأظهر، وبه أجاب الشافعي ههنا فيصير كأن البينتين لم يكونا، ويكون القول قوله مع يمينه أنه قذفها صغيرة.

وقال بعض أصحابنا: لا يجيء قول الوقف (ق٣٢ب) ههنا، لأن فيه تعطيل حكم القذف. ذكره أبو حامد وجماعة، ثم قال الشافعي[١]: فهي متضادة فلا حدّ ولا لعان، أما الحد فسقط، وأما اللعان قال أصحابنا: له أن يلاعن لإسقاط التعزير عن نفسه، وتأولوا قوله: «ولا لعان» أي لا لعان لإسقاط الحد، لأن الحد إذا لم يجب لم يحتج إلى اللعان لإسقاطه.

ومن أصحابنا من قال: لا يلاعن، لأن الحدّ لا يجب عليه وإنما التعزير فهي لا تطالب به لدعواها الحد فلا يلاعن.

ومن أصحابنا من قال: معناه إذا كانت صغيرة لا يجامع مثلها لا تلاعن للتعزير على ما تقدم بيانه، قال القفال: ولو أشارت البينتان إلى وقت واحد، وقالت إحداهما أنها كانت حاضت قبل ذلك فبلغت بها، وقالت الأخرى لم تحض فبينة البلوغ أولى؛ لأن معها زيادة علم ولا تُقبل البينة على النفي وهذا واضح لا إشكال فيه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٨٧).

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَذَفَهَا وَقَذَفَ امْرَأَتَهُ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا».

الفصل:

إذا شهد شاهدان على رجل أنه قذفها وقذف امرأته لم تجز شهادتهما في حق أنفسهما ولا في حق الزوجة؛ لأنهما قد صارا عدوين له بقولهما قذفنا.

قال الشافعي[٢]: «إلاَّ أَنْ يَعْفِوا قَبْلَ أَنْ يَشْهَدَا وَيُرَى مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا حَسَناً فَيَجُوزَا» قال أصحابنا: وإذا كان كذلك لا فرق بين أن يشهدا للأجنبية بانفرادها وبين أن يشهدا لهما ولأنفسهما، فإن شهادتهما للأجنبية مقبولة قولاً واحداً؛ لأنهما شهدا لهما وهما عدلان لا عداوة بينهما، وأما إذا شهدا بأنه قذفها وقذف الأجنبية فرد الحاكم شهادتهما ثم عفوا عن حقهما وحسن الحال بينهما وبينه أعادا تلك (ق٣٣أ) الشهادة للأجنبية لم تُقبل شهادتهما؛ لأن الشهادة إذا ردت بالاجتهاد ولم تُقبل بحالٍ، وثبت الرد على التأبيد كما لو رد الحاكم شهادة الفاسق، ثم أعادها بعد التوبة لا تُقبل، وفي المسألة الأولى لم ترد شهادتهما للتهمة، بل منعنا قبول شهادتهما في الأول للعداوة فإذا زالت العداوة قبلناها، فإن شهد أنه قذف زوجته، ثم قالا بعد ذلك بمدة: وقذفنا نحن أيضاً فأخبرا عن العداوة بعد الشهادة عليه بالقذف، فإن كان قولهما وقذفنا أيضاً بعد أن حكم الحاكم بشهادتهما لم ينقص حكمه، وإن [كان] ذلك منهما قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها، وأصله أن إظهار العداوة بعد إقامة الشهادة كالفسق بعد إقامتها، فإن فسقا بعد الحكم لم يضر، وإن كان قبل الحكم لا يحكم كذلك العداوة مثله.

فرع:

لو شهد ابناه عليه أنه قذف أمهما، وقذف أجنبية، قال في «الأم»[٣]: لم تُقبل شهادتهما للأم وقبلت للأجنبية». قال أصحابنا: وفيه قول آخر أن الشهادة إذا ردت في البعض ردت في الكل لا تُقبل شهادتهما للأجنبية أيضاً، فحصل قولان. والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها هناك لا تُقبل للأجنبية قولاً واحداً وذلك أنَّا رددنا شهادتهما هناك لأجل العداوة فرددنا في الكل وههنا رددنا للتهمة فاختص الرد بموضع التهمة على أحد القولين، موضع التهمة وهو الشهادة للأم دون الأجنبية. وحكى صاحب «الإفصاح» عن بعض أصحابنا أنه قال: كلا المسألتين على قولين وهذا غلط، والفرق ظاهر.

فرع: آخر

قال القفال تفريعاً على ما ذكرنا: لو شهدا أنه قذف زوجتيهما وقذف أجنبية، وقلنا:

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٩٠).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٩١).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢٨٨).

لا تُقبل شهادة الزوج لزوجته (ق٣٣ب) لا تقبل شهادتهما للأجنبية قولاً واحداً؛ لأن الرجل عدو لمن قذف زوجته وأظهر العداوة حين شهد بذلك، ولو شهد للزوجة وللأجنبي عليه بالدين وقلنا: لا تُقبل شهادته للزوجة هل تُقبل للأجنبي فهذه شهادته ردت بعضها للتهمة هل يرد الباقي؟ قولان.

فرع: آخر

لو أعرض عن ذكر قذف امرأته أو قذفه وشهد للأجنبي تُقبل بلا خلاف، وإن علم أنه قذفه أو قذف امرأته بعد ما لم يظهر هو عداوة إذ لو رددناها بهذا لما عجز أحد عن قذف من يريد أن يشهد عليه حتى لا يشهد.

فرع آخر:

قال في «الأم»[1]: ولو شهد ابناه أنه قذف ضرة أمهما يحتمل أن يقال: تُقبل هذه الشهادة، ويحتمل أن ترد هذه الشهادة. وقيل قطع من الأم أنه تُقبل.

وحكى المزني هذه المسألة في «الجامع الكبير» وقال: قال الشافعي: فيها قولان:

أحدهما: لا تُقبل لأنها شهادة لأمهما، فإن القذف إذا ثبت أدى إلى اللعان والفرقة ولأمهما من الفرقة غرض ومنفعة.

والثاني: تُقبل لأن له أن يتزوج بامرأة أخرى فلا منفعة من فراق الضرة وهذا هو الصحيح واختاره الشافعي، وبه قال مالك، وأبو حنيفة.

وعلى هذا لو شهدا بأنه طلق ضرة أمهما قولان، وعلق القول فيه في «الأم» وقيل: قول واحد في الجديد في مسألة القذف أنه تُقبل، وفي الطلاق قولان، والفرق أن الطلاق موضوع للفراق وإزالة النكاح وفي القذف قد يلاعن وقد لا يلاعن فافترقا.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالعَرَبِيَّةِ وَالآخَرَ أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْفَارِسِيَّةِ لَمْ يَجُزْ».

الفصل:

إذا ادَّعت القذف على زوجها فأنكر، فأتت بشاهدين فشهد أحدهما (ق٣٤أ) أنه قذفها بالفارسية وشهد الآخر أنه قذفها بالعربية لم يثبت القذف لأنها شهادة على قذفين. وكذلك لو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة لم

---

(١) انظر الأم (٥/٢٨٨).

(٢) انظر الأم (٤/١٩٠، ١٩١).

يثبت أيضاً لأنهما قذفان.

وقال أبو حنيفة: يقبل لأنه لا يحتاج إلى ذكر القذف في الشهادة فيكون لغواً غلط.

قال الشافعي: كل واحد من الكلامين غير الآخر فلم تتفق شهادتهما على شيء واحد. وعلى ما ذكرنا لو شهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قذفها بالعربية، وشهد الآخر أنه أقر عندي أنه قذفها بالعجمية، وشهد الآخر أنه قذفها وشهد الآخر أنه أقر بقذفها لا تقبل، ولا تتم الشهادة في القذف ولا في الإقرار بالقذف، ولهذا لا تُقبل شهادة شهود الرؤيا؛ لأن كل واحد منهم يثبت فعلاً غير الفعل الذي يثبته الآخر.

وأما إذا شهد أحدهما أنه أقر عندي بالعربية أنه قذفها، وشهد الآخر أنه أقر عندي بالفارسية أنه قذفها قبلت شهادتهما وحكم بها؛ لأن القذف لم يختلف وإنما اختلف الإقرار بالقذف، ويجوز أن يعبر عن القذف الواحد لأحد الشاهدين بالعربية وللآخر بالعجمية. وكذلك إذا شهد أحدهما أنه أقر عنده يوم الخميس أنه قذفها وشهد الآخر أنه أقر عنده يوم الجمعة أنه قذفها يحكم بشهادتهما؛ لأن الإقرار يختلف والقذف غير مختلف، لأنه يجوز أن يقرّ بالقذف الواحد لأحد الشاهدين يوم الخميس وللآخر يوم الجمعة. وجملته أنهما إذا أثبتنا قذفين أو أثبت أحدهما قذفاً والآخر أقرّ بالقذف لم تتم الشهادة في واحد منهما، وإذا أثبتا إقرارين والقذف غير مختلف تمت الشهادة (ق٣٤ب) ووجب الحكم.

فرع:

قال القاضي الطبري: سمعت بعض مشايخنا يقول: إذا شهد ثلاثة أنفس اثنان على فعل الزنى والآخر على الإقرار بالزنى، فإن الشهادة لم تتم على واحدٍ من الفعل والإقرار، ولا يجب على شاهد الإقرار شيء، وهل يجب على شاهدي الفعل حدّ القذف؟ قولان، وإن شهد اثنان على فعل الزنى وشهد اثنان على الإقرار بالزنى، فإن قلنا الإقرار بالزنى يثبت بشاهدين يلزمه الحد ولم يجب على شاهدي الفعل شيء.

وإن قلنا الإقرار بالزنى لا يثبت إلا بأربعة لم تتم الشهادة في الفعل والإقرار، ولا يجب على شاهدي الإقرار شيء، وهل يجب على شاهدي الفعل حدّ القذف قولان.

فرع آخر:

حكى الاصطخري أنه قال: إذا شهد أحدهما أنه قال: القذف الذي كان مني كان بالعربية، وشهد الآخر أنه قال: القذف الذي كان مني بالعجمية فيه وجهان:

أحدهما: لا تتم الشهادة لأنهما قذفان.

والثاني: تتم الشهادة لأنه أقر بالقذف وقوله بعد هذا كان بالعربية أو بالعجمية إسقاط منه لإقراره فلا يلتفت إليه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَيُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي بِقَذْفِهَا».

حد القذف وحق الآدمي يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي قولاً واحداً، وفي حدود اللَّه تعالى هل يقبل كتاب القاضي إلى القاضي؟ قولان؛ والأظهر أنه لا يقبل، وقد ذكر في آخر هذا الباب.

وأما حدود اللَّه تعالى فتدرأ بالشبهات، يعني لا يقبل فيها كتاب القاضي إلى القاضي وهذا لأن قبول الكتاب مبالغة في استيفائها وهي مبنية على الفداء (ق٣٥أ) والتأخير، وهكذا الشهادة على الشهادة تُقبل في حدّ القذف، وفي حدود اللَّه تعالى هل تُقبل؟ قولان: وعند أبي حنيفة: لا يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي ولا الشهادة على الشهادة بناءً على أصله أنه حق اللَّه تعالى.

قال القفال: إذا قلنا: لا تقبل في حدود اللَّه تعالى فله معنيان:

أحدهما: أن الستر فيه أولى.

والثاني: أنه يدرأ بالشبهات، ففي حدّ القذف والقصاص هل يقبل ذلك؟ قولان بناءً على المعنيين، فإن قلنا بالمعنى الأول يقبل ههنا، لأنه لا يجوز كتمان الشهادة في حق الآدمي، وإن قلنا بالمعنى الثاني لا يقبل ههنا لأنهما يسقطان بالشبهة أيضاً وهذا غريب.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَتُقْبَلُ الوَكَالَةُ فِي تَثْبِيتِ البَيِّنَةِ عَلَى الحُدودِ».

وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الوكالة.

باب الوقت في نفي الولد

مسألة:

قَالَ(٣): «وَإِذَا عَلِمَ الزَّوْجُ بِالوَلَدِ فَأَمْكَنَهُ الحَاكِمُ أَوْ مَنْ يَلْقَاهُ لَهُ إِمْكاناً بَيِّناً».

الفصل:

جملته إذا ولدت امرأته لا يخلو من أن يكون حاضراً أو غائباً، فإن كان حاضراً لا يخلو من أن يكون معذوراً أو غير معذور، فإن كان غير معذور لا يختلف المذهب أن نفيه على الإمكان في العرف والعادة، فإن كان على الطعام فرغ منه، وإن كان قد دخل وقت الصلاة، فرغ منها، وإن كان بالليل أصبح، وإن كان عرياناً لبس وسار إلى الحاكم على سجية مشيه وابناه إليه وطالبه بما ينفيه عنه من إحضارها واللعان بينهما، فإن أخر مع

---

(١) انظر الأم (٤/١٩١).

(٢) انظر الأم (٤/١٩١).

(٣) انظر الأم (٤/١٩٢، ١٩٣).

الإمكان الذي وصفناه يبطل النفي. (ق٣٥ب) وفيه قول آخر أن له نفيه إلى ثلاثة أيام، وهو الذي قال في الكتاب، ولو قال قائل: يكون له نفيه ثلاثاً إن كان حاضراً كان مذهباً، ونص عليه في القديم، واعترض المزني على هذا الكلام فقال: لا فرق بين الثلاثة والأربعة. وقال: قال الشافعي لمن جعل له نفيه في تسع وثلاثين يوماً وأباه في الأربعين، ما الفرق بين الصمتين، فمثل هذا يلزمه ههنا فقوله في أول الباب أشبه بمعناه عندي. وهو على ما ذكره المزني، ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الإنسان لا يستغني عن مراجعة نفسه وما هل زمان وطئه إياها، وإذا نوجي الرجل بأمر لم يهتد في الحال إلى ما هو خير له فلا بد من إمهال والثلاثة زمان قريب، قال اللّٰه تعالى في قصة ثمود ﴿فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ﴾ [هُود: ٦٤]، ثم فسر ذلك القريب ثلاثة أيام، فقال: تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب، وهذا معنى قول الشافعي: فأمكنه الحاكم أو من يلقاه، لم يرد أنه كان مستقلاً بما لا بد منه يلزمه أن يبعث وكيله إلى الحاكم ليخبره أنه على النفي، ولكن إذا شهد أنه على النفي كفاه، ثم يلقى الحاكم إن شاء بنفسه، وإن شاء بوكيله، ثم هو يحضر اللعان. وذكر المزني أن الشافعي قال في «القديم» إن لم يشهد حضره ذلك في يوم أو يومين لم يكن له نفيه، وربما يتوهم أن هذا القول الذي حكاه عن القديم وهو قول التقدير بالثلاثة أو الاثنين وليس كذلك، بل هو جواب عن الفور، وهو القول الذي نص عليه في أول هذا الباب، غير أنه إذا أراد تعجيل النفي ربما يصادفه الحكم (ق٣٦أ) في الحكم أول وهلةٍ، وربما لا يصادفه، وربما يمنعه مانع فلا يبطل حقه عند ظهور عذره، ولهذا جاء بلفظ التنويع، وقال: يوماً أو يومين. ولو أراد التقدير لما استعمل عبارة التنويع، ثم قال المزني: «لو جاز في يومين لجاز في ثلاثة وأربعة في معنى ثلاثة» الفصل فقال للمزني: لعلك توهمت أن الشافعي في «القديم» ذهب إلى قول ثالث سوى القولين المذكورين في أول هذا الباب، وهو أنه بتقدير بيومين وليس كذلك بل له قولان:

أحدهما: أنه على الفور.

والثاني: أنه يتقدر بثلاثة أيام، وأما التقدير بيومين فليس من قوله وإنما عنى به قول الفور على ما ذكرناه.

واعلم أن قوله: «أو من يلقاه له» يوهم أن وكيله يقوم في النفي مقامه وليس كذلك، فإنه لا سبيل إلى التوكيل باللعان ولكنه أراد به جواز التوكيل بالنفي في الحال، ثم قال بعد هذا[1]: «وَأَيُّ مُدَّةٍ قُلْتُ لَهُ نَفْيُهُ وَفِيهَا فَأَشْهَدَ عَلَى نَفْيِهِ وَهُوَ مَشْغُولٌ بِمَا يَخَافُ فَوْتَهُ أَوْ بِمَرَضٍ لَمْ يَنْقَطِعْ نَفْيُهُ» وهذا يوهم أن الإشهاد شرط في صحة النفي وليس كذلك، وإنما أمر بالإشهاد لنوع من الاحتياط، وهو أن المرأة ربما تدعي أن حبر الولادة بلغه صباح يوم الجمعة، فأعرض عن النفي إلى يوم السبت، فإذا أقام الرجل شاهدين أنه نفى الولد

(١) انظر الأم (٤/١٩٦).

لما بلغه خبره، وإنما منعه عن الحضور عذر لم يبطل حقه فهذه فائدة الإشهاد.

وأما إذا كان معذوراً لا يمكن من المجيء إلى الحاكم، فإن وجد من ينفذه إليه ويعرفه أنه مقيم على النفي فعل، وإن لم يجد أشهد على نفسه شاهدين أنه مقيم على النفي (ق٣٦ب) كالمولى إذا عجز عن الوطء فاء بلسانه في المعذور، وصفة المعذور أن يكون مريضاً أو له مريض يحتاج أن يمرضه، أو كان ملازماً في دين أو ملازماً لغريمه يخاف أن يتركه فيخسر ماله وما أشبهه، فإن أمكنه أن يبعث بمن يلقاه فتركه أو أمكنه أن يشهد فلم يفعل بطل حقه ولم يكن له نفيه.

فرع:

لو قال: لم أعلم بالولادة نظر، فإن كان في موضع يخفى عليه مثله، بأن يكون في محلة أخرى أو موضع بعيد منها فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف كان له نفيه وإن كان معها في الدار وفي موضع لا يخفى عليه في الغالب لم يصدق.

فرع آخر:

لو قال: علمت بالولادة ولكني لم أعلم أن لي نفيه، فإن كان فقيهاً لا يخفى عليه مثله لم يصدق، وإن كان حديث العهد بالإسلام أو نشأ في بادية نائية كان القول قوله مع يمينه، وإن كان من العامة الذين نشأوا في بلاد الإسلام فهل يقبل قوله مع يمينه؟ وجهان:

أحدهما: لا يقبل كما لو ترك الرد بالعيب، وقال: لم أعلم أن لي الرد لم يقبل منه.

والثاني: يقبل، لأنه لا يعرفه إلا الخواص من الناس ولا يعرفه العامة فعذروا فيه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِنْ كَانَ غَائِباً فَبَلَغَهُ الخَبَرِ فَأَقَامَ وَالمَسِيرُ يُمكِنَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيِهِ إِلاَّ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ عَلَى نَفْيِهِ، ثُمَّ يُقْدِمُ».

الفصل:

إذا كان غائباً فبلغه خبر الولادة، فإن أمكنه المسير حين سمع بخروج القافلة في ذلك الوقت فأخره سقط حقه ولم يكن له نفيه، وإن لم يمكنه المسير في الحال لتعذر الرفقة أشهد على نفسه أنه مقيم على النفي (ق٣٧أ) وفائدة الإشهاد ما ذكرناه، فإن ترك الإشهاد قال أصحابنا: لم يكن له نفيه، والمراد به إذا لم يظهر أنه مصر على نفيه على ما ذكرنا، ولا يلزمه أن يغرر بنفسه لخروجه وحده ولو كان يلحقه خسران فادح لو عجل المسير في تجارة هو مقبل عليها كان هذا من الأعذار الظاهرة فلا يجعل به مقصراً،

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٩٧).

ومعنى قوله: «فقدم أي قدر ما في العادة غير مضرّ به ولا يتقاعد مع التمكن من المعدوم، ولو أمكنه المسير فتأخر، وقال: لم أصدق المخبر بالولادة نظر فإن كان الخبر مستفيضاً لم يُقبل منه، وإن كان غير مستفيض، وإنما كان خبراً واحداً واثنين قُبل قوله مع يمينه أنه لم يصدقه، وإن كان المخبر عدلاً؛ لأنه يجوز يعلم منه في الباطن ما يمنعه السكون إلى خبره، فإن حلف على ذلك كان له نفيه، وإن نكل عن اليمين لزمه الولد، هكذا قال جماعة أصحابنا، وقال في «الحاوي»[1] إذا نكل عن اليمين هل يحكم عليه بنكوله وجهان:

أحدهما: يحكم [عليه بنكوله في إبطال دعواه][2] ويلحقه الولد بالفراش دون النكول ولا تُرد [اليمين][2] على الأم ولا على الولد لأنه لا يراعى فيه تصديقهما ولا يؤثر تكذيبهما.

والثاني: يرد على الأم، فإن [حلفت لزمه الولد، وإن][2] نكلت وقفت على بلوغ الولد، فإن نكل انتفى عنه لأن لحوق النسب حق للولد، وفيه من حقوق الأم نفي المعرة عنها هذا إن وقفت على بلوغ الولد لم يؤخذ الزوج بنفقته لأن نسبه على هذا الوجه غير لاحق به.

ومن أصحابنا من قال: إذا أخبره عدلان ظاهرهما العدالة لا يعذر، في قوله لم أصدقهما والأول أظهر.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَلَوْ رَآهَا حُبْلَى فَلَمَّا وَلَدَتْ نَفَاهُ، فَإِنْ قَالَ: لَمْ أَدْرِ لَعَلَّهُ لَيْسَ (ق٣٧ب) بِحَمْلٍ لاَعَنَ».

إذا كانت له زوجة فظهرت بها أمارات الحمل فلم ينفه حتى ولدت، ثم أراد نفيه بعد الوضع قيل له: هلا نفيته قبل الوضع، فإن قال: ما تحققته وظننت أنه ريح يذهب وينفش فالقول قوله مع يمينه وله نفيه؛ لأنه قد يشك فيه هكذا سواء قلنا: الحمل يعرف أو قلنا: لا يعرف، وإن قال: عرفته حملاً صحيحاً ولكني أخرت نفيه رجاء موته أو موت الأم للستر يلزمه الولد ولا يكون له نفيه إلا أن يكون الحال مبتوتة، ففي جواز نفيه بعد ولادته وجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في نفي حمل المبتوتة.

فإن قلنا: يلتعن لنفيه قبل الولادة لم يكن لهذا أن ينفيه ولزمه بعد الولادة. وإن قلنا: لا يلاعن من حمل المبتوتة إلا بعد ولادتها، جاز له نفيه بعد الولادة، وإنما قلنا: كذلك لأن مثل هذا لا يكون عذراً، كما لو ولدت فسكت عن نفيه، وقال: لعله يموت

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ١٥١).
(٢) ما بين المعقوفتين سقط من المخطوط واستدرك من «الحاوي» (١١/ ١٥١).
(٣) انظر الأم (٤/ ١٩٨).

فيكون أستر لها ولي، لم يكن له نفيه. وكذلك لو اشترى سلعة فوجد بها عيباً فسكت عن رده، وقال: إنما سكت لأني قلت لعل هذا العيب يزول لم يكن له الرد.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ هَنِيءَ بِهِ فَرْدٌ خَيْراً وَلَمْ يُقِرّ بِهِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِقْرَاراً».

قال أصحابنا: معناه إذا قال له إنسان: بارك اللَّه في مولودك وجعله ولداً صالحاً فقال: أحسن اللَّه جزاك وبارك فيك، لم يكن هذا إقراراً. وكذلك إذا قال: رزقك اللَّه مثله لم يكن إقراراً.

وأما إذا قال: آمين، أو استجاب اللَّه دعاك كان إقراراً؛ لأنه سأل اللَّه تعالى أن يبارك له في مولوده ويجعله ولداً صالحاً، وذلك اعتراف به. وكذلك لو قال له: ليهنئك الفارس (ق٣٨أ) فقال: آمين كان إقراراً به.

وقال أبو حنيفة: في الصورة الأولى يكون إقراراً أيضاً، وهذا غلط لما قال الشافعي هذا يحتمل المكافأة ومقابلة الدعاء بالدعاء المحصن لما بيناه فلا يكون رضاً به.

فرع:

لو انتفى من بعض حملها أو قال: إن وضعت في شهر كذا فليس مني، وإن وضعت في شهر كذا فمني وكلتا المدتين ستة أشهر فصاعداً بعد عقد النكاح لزمه الولد.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَأَمَّا وَلَدُ الأَمَةِ، فَإِنَّ سَعْداً قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَخِي عُتْبَةُ كَانَ قَدْ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زُمْعَةَ أَخِي وابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ فَقَال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زُمْعَةَ الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلعَاهِرِ الحَجَر».

الفصل:

إذا ملك الرجل أمة فقد استباح وطئها بالملك ولم تصر فراشاً له بذلك، فمتى أتت بولدٍ قبل أن يطأها أو بعدما وطئها لدون أقل هذا الحمل لم يلحق به، وكان مملوكاً له كأمة، وإذا ثبت أنه قد وطئها باعترافه أو بالبينة فقد صارت فِراشاً بالوطء والولد يلحقه إلا أن ينفيه، ونفيه أن يدعي الاستبراء بعد الوطء ويحلف عليه. وبه قال الأوزاعي، ومالك، وأحمد.

وقال أبو حنيفة، والثوري: لا يلحقه ولدها ما لم يقر نفس الولد فيقول: هذا ولدي، واحتج الشافعي على مذهبه بخبر سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة وقد ذكرناه

---

(١) انظر الأم (١٩٨/٤). (٢) انظر الأم (١٩٨/٤، ١٩٩).

في «كتاب الإقرار» فألحق الولد بزمعة لأنه كان قد وطء تلك الجارية، ولم يشترط إقراره بالولد في حال الإلحاق.

وقال عمر بن الخطاب ـ رضي اللَّه عنه ـ لا يأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت به (ق٣٨ب) ولدها فأرسلوهن بعد أو أمسكوهن. فاعتبر الإلمام به ولم يشترط الاعتراف بالولد.

فإن قيل: أليس عمر بن الخطاب ـ رضي اللَّه عنه ـ نفى عن نفسه نفي جارية له مع علمه بأنه كان يطأها قبل؟ أجاب الشافعي ـ رحمة اللَّه عليه ـ عنه فقال: «إنما أنكر لأنه سألها فأخبرت أنه من غيره، وأنكر زيد بن ثابت حمل جارية له. والسيد إذا كان على إحاطة من أنها لم يحمل منه فواسع له فيما بينه وبين اللَّه تعالى نفي الولد وإن كان يطأها. وكذلك في امرأته الحرة إلا أنه لا يستغني في نفي ولد الحرة عن اللعان بخلاف نفي ولد الأمة.

فإذا تقرر هذا نقول: لو اعترف بالوطء ثم ادعى الاستبراء بحيضة لم يلحق به على ما ذكرنا؛ لأن الاستبراء علامة تدل على براءة الرحم.

واختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: لا بد من دعوى الاستبراء ودعوى الاستبراء استحباب؛ لأن الحرة لا تحتاج إلى دعوى الاستبراء فالأمة أولى، وهو اختيار أبي إسحاق، وهو ظاهر كلام الشافعي، وهو الصحيح، وهكذا ذكره القاضي الطبري.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا ادعى السيد الاستبراء لنفي الولد وأنكرته الأمة ففي وجوب إحلافه وجهان:

أحدهما: لا يمين عليه، وهذا على الوجه الذي ذكره بعض أصحابنا أن نفيه معتبر بدعوى الاستبراء لا بفعله.

والثاني: وهو قول الجمهور اليمين واجبة إذا قلنا نفيه معتبر بفعل الاستبراء لا بدعواه.

والوجه الأول غلط؛ لأنه إذا كانت دعوى الاستبراء شرطاً في نفيه لم يجز أن يكون كاذباً في تلك الدعوى، فيقتضي أن يكون فعل الاستبراء شرطاً واجباً في رفع الفراش ونفي الولد (ق٣٩أ) قال: فعلى هذا في كيفية يمينه وجهان:

أحدهما: [يحلف][2] بالله لقد استبرأها قبل ستة أشهر من ولادته.

والثاني: [يحلف][2] بالله لقد ولدته لستة أشهر بعد استبرائه، فإن حلف انتفى وإن نكل فيه وجهان:

أحدهما: يكون لاحقاً به بنكوله.

والثاني: ترد اليمين على الأمة، فإن نكلت كانت اليمين موقوفة على بلوغ الولد،

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ١٥٨).

(٢) ما بين المعقوفتين في المخطوط: «يقول» والتصويب من «الحاوي» (١١/ ١٥٨).

فيحلف باللَّه أنني والده وجهاً واحداً، فإن نكل انتفى عنه.

ولو ادعى الاستبراء ثم [أتت] بولدٍ لدون ستة أشهر لحقه وبان أن ذلك الاستبراء لم يكن شيئاً، ولو أتت لستة أشهر فصاعداً من استبرائها. نص الشافعي أنه لا يلحق به.

وقال ابن سريج: يلحق به إلى أربع سنين كالحرة، قال صاحب «الحاوي»(١): وهذا هو القياس عندي، وفي الفرق بين الحرة والأمة ضعف. ولو ادعت على السيد أنه وطئها وأن الولد منه لم يحلف السيد، وإنما التحليف في المسألة السابقة لإقرار منه سابق بالوطء وهو مدع للاستبراء. ذكره القفال.

فرع:

إذا صارت أم ولده بالإقرار تعين الولد، ثم جاءت بولدٍ ثانٍ وثالث. قال أبو حنيفة: يلحقه ذلك أقرَّ به أو لم يُقرّ إلا أن ينكر فينتفي عنه، وعندنا في هذا الولد الثاني إذا كانت بينه وبين الولد ستة أشهر فصاعداً حتى لا يكون حملاً واحداً وجهان:

أحدهما: يلحقه وإن لم يقر بوطء جديد، وهذا بناء على أنه إذا زوج أم ولده فأبانها زوجها وانقضت عدتها فماتت السيدة قبل أن يطأها هل عليها الاستبراء بموت السيد؟ قولان. ففي قول: تعود فراشاً له فعلى هذا يلحقه الولد الثاني (ق٣٩ب) من غير إقرار بالوطء.

والثاني: لا تعود فراشاً إلا بوطء جديد وكذلك إذا اشترى امرأته الأمة فأتت بولدٍ لستة أشهر فصاعداً من وقت الشراء فهل يلحقه من غير إقرار بالوطء؟ فعلى القولين، والصحيح أنه يلحق به وأنها منكوحة فارقت زوجها، فأكثر ما فيه أن تجعل كأن الملك لم يكن وهذا كله ذكره الإمام القفال.

قال: ويخرج على الوجهين أنه لو أقرّ بوطئها ولم يدع الاستبراء فجاءت بولدٍ لأكثر من أربع سنين من يوم الوطء هل يلحقه؟ فإن جعلناها فراشاً له فهي كفراش النكاح، فمتى أتت بالولد لحقه، وإن اعتبرنا الوطء لا غير يلحقه إلى أربع سنين ولا يلحقه أكثر من ذلك.

مسألة(٢):

«وَلَوْ قَالَ: كُنْتُ أَعْزِلُ عَنْهَا أَلْحَقتِ الوَلَدَ بِهِ».

أراد به إذا قال: وطئها في الفرج وأنزلت الماء خارج الفرج فوجود هذا العزل وعدمه سواء، لأن أحكام الوطء لا تتعلق بالإيلاج ولا يراعى فيه الإنزال، وربما يسبق الماء إلى الفرج وهو لا يشعر به، ولو قال: وطئتها بين الفخذين وعزلت عنه الإيلاج لم يلحق به الولد على الصحيح من المذهب، وقد ذكرنا فيه وجهاً آخر.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/١٥٨). (٢) انظر الأم (٤/٢٠١).

فرع:

لو لم يدع الاستبراء وقال: أريد أن أنفيه باللعان، قال بعض أصحابنا: فيه قولان:

أحدهما: له ذلك لأنه دون ولد الحرة.

والثاني: ليس له ذلك لأنه يمكنه نفيه بدعوى الاستبراء فلا حاجة به إلى اللعان. هكذا ذكره من الشامل ولعله ذكر القولين برواية أحمد عن الشافعي، وقد ذكرنا ما قيل فيه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ (ق٤٠أ) لَوْ وَلَدَتْ جَارِيَةٌ لَهُ يَطَأُهَا فَلَيْسَ هُوَ وَلَدَهُ إِلَّا أَنْ يُقِرَّ بِهِ فَإِنْ أَقَرَّ بِوَاحِدٍ، ثُمَّ جَاءَتْ بَعْدَهُ بِآخَر فَلَهُ نَفْيُهُ لأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالأَوَّلِ لَيْسَ بِإِقْرَارٍ بِالثَّانِي وَلَهُ عِنْدَهُ أَنْ يُقِرَّ بِوَاحِدٍ وَيَنْفِي ثَانِياً وَبِثَالِثٍ وَيَنْفِي رَابِعاً، ثُمَّ قَالَ: وَلَوْ أَقَرَّ بِوَاحِدٍ ثُمَّ جَاءَتْ بَعْدَهُ بِوَلَدٍ فَلَمْ يَنْفِهِ حَتَّى مَاتَ فَهُوَ ابْنُهُ وَلَمْ يَدَّعْهُ قَطُّ».

هكذا حكى الشافعي عن أبي حنيفة وألزمه أنه إن كان الإقرار شرطاً في إلحاقه فهلا نفاه عنه إذا مات قبل إقراره به، وإذا ألحقه من غير إقرار فالولد للحي مثله، ومنهم من يقول: هذا ليس بمذهب أبي حنيفة بل مذهبه ما ذكرنا عن القفال.

مسألة:

قَالَ(٢): «ثُمَّ قَالُوا إِنَّ قَاضِياً زَوَّجَ امْرَأَةً رَجُلاً فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ فَفَارَقَهَا سَاعَةَ مَلَكَ عُقْدَة نِكَاحِهَا ثَلاَثاً ثُمَّ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لَزِمَ الزَّوْجَ».

الفصل:

إنما ذكر الشافعي هذا ليبين أنهم أبعد الناس قولاً حيث قالوا مع وجود الوطء في ملك اليمين: لا يلحقه الولد، ومع غير إمكان الوطء في النكاح يلحقه، وهو أنه لو نكحها ثم طلقها في الحال بين يدي الناس ثلاثاً ثم جاءت بولدٍ لستة أشهر لا تزيد ولا تنقص لحقه، فإن زاد لم يلحقه بخلاف ما لو دخل بها فإنه يلحقه إلى سنتين عندهم، وأبلغ من هذا أنه لو علق طلاقها بالنكاح، فنكحها وطلقت من غير فصل فالحكم هذا، وعندنا إمكان الوطء شرط. وعلى هذا لو غاب عن زوجته غيبةً بعيدةً بحيث لم يصل إليها بل كان شاهده من صحبة هناك وشاهدها من صحبتها على مرّ الأيام حيث هي، فجاءت بولدٍ في زمان غيبته لحقه عندهم، وعندنا لا يلحقه إذا جاءت به لأكثر من أربع سنين من يوم غيبته والغيبة بهذه الصلة (ق٤٠ب) لأن الإمكان شرط، وإن لم يكن العلم بحصول الوطء شرطاً، وهذه المسألة معروفة بالمشرقي والمغربية؛ لأن الشافعي فرضها في ملك المشرق

---

(١) انظر الأم (٤/٢٠١، ٢٠٢).

(٢) انظر الأم (٤/٢٠٣).

إذا سار إلى ملك المغرب فزوجه ابنته التي بالمشرق فأتت بولدٍ لستة أشهر من حين العقد.

قال أبو حنيفة: يلحق، وهذا من المحال الظاهر؛ لأن القاضي وغيره يعلمون بقيناً أنه لم يخلق من مائه فكيف يجوز إلحاقه به؟ وهل يكون الفراش إلا بالوطء وأين الوطء ههنا.

فرع:

لو ارتد وقذف امرأته ولاعن، ثم أسلم في العدة صح، وإن لم يسلم حُدَّ إن لم تقم بينةً.

فرع آخر:

لو كانت تحته أربع نسوةٍ فقال: إحداكن زانية قيل: بيّن، فإن قال: ما أردت واحدةً لم يُقبل منه، وإن قال: ألاعن من التي قذفتها ولا أعين لا يجوز.

فرع آخر:

لو قال: إن قذفتك فأنت طالق ثلاثاً، فقذفها طلقت وله أن يلاعن.

كتاب العدد

باب عدة المدخول بها

مسألة:

قَالَ[1]: «قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] قَالَ: فَالأَقْرَاءُ عِنْدَنَا الأَطْهَارُ.

الفصل:

الأصل في العدة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] ومعناه تربصها.

وأما السنة قوله ﷺ: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء».

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيها.

ثم اعلم أن العدة بالكسر مصدر الإحصاء للعدد والعدة بالضم الشيء المستعد لشيء والعدة بالفتح (ق١٤١أ) الجملة المعدودة وعدة النساء تربصهن عن الأزواج بعد فرقة أزواجهن.

ثم اعلم أن المعتدات على ثلاثة أضرب معتدة بالأقراء، ومعتدة بالحمل، ومعتدة بالشهور، فالمعتدة بالأقراء تعتد بثلاثة أقراء لقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨]. والمعتدة بالحمل تعتد بوضع الحمل سواء كانت معتدة عن وفاة أو طلاق أو فسخ، لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق: ٤]. والمعتدة بالشهور على ضربين؛ معتدة عن وفاة، ومعتدة عن غير وفاة. فالمعتدة عن وفاة تعتد بأربعة أشهر وعشر. قال اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البَقَرَة: ٢٣٤] والمعتدة من غير وفاة وهي المعتدة عن الطلاق أو فسخ تعتد ستة أشهر. قال اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطّلَاق: ٤] واللائي لم يحضن ومعنى قوله: إن ارتبتم: أي

---

(١) انظر الأم (٥/ ١).

شككتم، فإذا ثبت أنواع المعتدات فالكلام الآن في عدة كل واحدة منهن، فبدأ الشافعي رحمة اللَّه عليه بهذه المطلقة المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقراء، وإنما شرط المدخول بها لأنها إذا لم تكن مدخولاً بها لا عدة عليها، قال اللَّه تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]. ثم ذكر أن عدتها ثلاثة أقراء الآية التي ذكرها، ثم قال: الأقراء: الإظهار، ولا خلاف أن اسم القروء يقع على الطهر والحيض معاً كاللون الأبيض والأسود وغيرهما، وقال أبو عبيد: الأقراء من الأضداد من كلام العرب.

وقال أبو عمرو بن العلاء: القرء: الوقت (ق٤١ب) وهو يصلح للطهر والحيض، وقد ورد الشرع بتسميته طهراً وحيضاً أيضاً، لأنه روي أن النبي ﷺ قال لعبد اللَّه بن عمر رضي اللَّه عنه حين طلق امرأته وهي حائض: «إنما السنة أن تستقبل بها الطهر، ثم تطلقها في كل قرء طلقة»[١] يعني في كل طهر، وقال لفاطمة بنت أبي حبيش: «دعي الصلاة أيام أقرائك»[٢] أي أيام حيضك.

ثم اختلفوا فمنهم من قال: ينطلق هذا الاسم على الحيض حقيقة وفي الطهر مجازاً. ومنهم من قال: هو في الطهر حقيقة ويستعمل في الحيض مجازاً، ومنهم من قال: ينطلق هذا الاسم عليهما حقيقة، وبه قال أكثر أهل اللغة كالشفق اسم للحمرة والبياض والدلوك اسم للزوال والغروب، والجون اسم لجميع الألوان. وقيل: هو اسم ينطلق على الانتقال من ميعاد إلى ميعاد، فيتناول الانتقال من الحيض إلى الطهر ومن الطهر إلى الحيض، كما يقال: أقر النجم إذا طلع وأقر إذا غاب.

واحتج من قال إنه حقيقة في الطهر بأن القرء مشتق من الجمع، يقال: قرأت الماء في الحوض، وقرأت الطعام في الشدق وسمي القرآن قرآناً للجمع.

وقال الشاعر[٣]:

ذِرَاعَـيْ عَـيْـطَـلٍ أَدْمَـاءَ بَـكْـرٍ ... هِـجَـانِ الـلَّـوْنِ لَـمْ تَـقْـرَأ جنِـيـنَـا

أي لم يجمع وحالة الجمع هي حالة الطهر، وإنما سمي الحيض قرء لمجاورة الطهر. واحتج من قال إنه حقيقة المحيض بأن طهر الصغيرة لا يسمى قرء فلو كان هو اسم الطهر لكان كل طهر قرءاً.

واحتج من قال إنه حقيقة فيهما بأن في حالة الحيض يجمع الدم أيضاً، وإن كانت تخرج من الأوقات كما في حالة الطهر.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٣١). (٢) تقدم في «كتاب الحيض».

(٣) البيت من الوافر، وهو لعمرو بن كلثوم في ديوانه (ص٦٨)، لسان العرب (١٣/ ٤٣١ ـ هجن، ١١/ ٤٥٥ ـ عطل)، جمهرة اللغة (ص١٠١)، كتاب العين (٥/ ٢٠٥)، تاج العروس (١/ ٣٧٠ ـ قرأ)، جمهرة أشعار العرب (١/ ٣٩٢)، شرح القصائد السبع (ص٣٧٩)، شرح القصائد العشر (ص٣٢٦)، شرح المعلقات السبع (ص١٦٩)، شرح المعلقات العشر (ص٨٩).

واحتج من قال إنه اسم (ق٤٢أ) للوقت بأن العرب تسمي كل زمان أقبل قرء قال الشاعر[(١)]:

كَرِهْتُ العَقْرَ عَقْرَ بَنِي شُلَيْلٍ إِذَا هَبَّتْ لِقَارِئِهَا الرِّيَاحُ

أي لوقتها، وقال ابن الهيثم: القرء والعدة والأجل عند العرب واحد.

وقال الأصمعي: يقال أقرأت المرأة إذا دنا حيضها وأقرأت إذا دنا طهرها، وقال أبو عبيد: أصل الأقراء إنما هو وقت الشيء إذا حضر، قال الأعشى يمدح رجلاً يغزو غزاها[(٢)]:

مُوَرَّثَةٍ مَالاً وَفِي الحَيِّ زَمْعَة لِمَا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءِ نِسَائِكَا

وأراد ههنا الأطهار؛ لأن النساء لا يؤتين إلا فيها.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن اللَّه تعالى أمر المطلقة أن تعتد ثلاثة أقراء، فالظاهر يقتضي أنها إذا اعتدت ثلاثة أقراء من أحد الجنسين، إما من الحيض أو من الطهر كفى، إلا أن أهل العلم أجمعوا أنه لا يكفي، ولا يجوز ذلك بل عليها أن تعتد بثلاثة أقراء من أحد الجنسين، إما من الحيض، وإما من الطهر، ثم اختلفوا في الأقراء المذكورة في الكتاب، فذهبت طائفة إلى أنها الأطهار.

وروي ذلك عن عبد اللَّه بن عمر، وزيد بن ثابت، وعائشة[(٣)] والفقهاء السبعة بالمدينة والزهري، وابن أبي ذئب، وربيعة، ومالك، وأبي ثور، وأحمد في رواية رضي اللَّه عنهم. وقال الزهري، قال أبو بكر بن عمرو بن حزم: ما أجد أحداً من المدينة قال في الأقراء خلافاً لما قالته عائشة، وقال أحمد: أنا أعمل فيها بقول زيد بن ثابت الأقراء الأطهار، ثم قال: أنا لا أحسن أن أُفتي فيها بشيء فتوقف[(٤)]. وروت عمرة عن عائشة (ق٤٢ب) رضي اللَّه عنها أنها قالت: إذا دخلت المطلقة في الحيضة الثالثة فقد برئت منه[(٥)].

وروى سليمان بن يسار أن معاوية كتب إلى زيد بن ثابت في ذلك فكتب زيد: إذا طلقت المطلقة في الحيض الثالثة فقد برئت منه، وكان ابن عمر يقول: إذا طلق امرأته فدخلت من الدم في الحيضة الثالثة، فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها[(٦)]،

---

(١) البيت من الوافر، وهو لمالك بن الحارث الهذلي في شرح أشعار الهذليين (١/ ٢٣٩)، لسان العرب (١/ ١٣٢ ـ قرأ)، وبلا نسبة في لسان العرب (٤/ ٥٩٩ ـ عقر، والمحتسب (٢/ ٢٨٢).

(٢) البيت من الطويل، وهو للأعشى في ديوانه (ص١٤١)، الأضداد (ص٦، ٦٥)، جمهرة اللغة (ص١٠٩٢)، الدرر (٦/ ١٦١)، لسان العرب (١/ ١٣٠)، المحتسب (١/ ١٨٣)، تاج العروس (١/ ٣٦٨)، همع الهوامع (٢/ ١٤١).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٨٣)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٠٤).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٨٢)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٠٥).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٨٤)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٠٦).

(٦) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٨٥)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٠٧).

وذهبت طائفة إلى أن المراد بها الحيض، وبه قال عمر وعلي، وابن مسعود وابن عباس، وأبو موسى، وأبي بن كعب، وأهل البصرة، والحسن البصري وعبيد اللّٰه العنبري، والأوزاعي وأهل الكوفة، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو حنيفة وأصحابه، وإسحاق رضي اللّٰه عنهم.

وروي عن علقمة أنه قال: جاءت امرأة إلى عمر رضي اللّٰه عنه فقالت: إن زوجي طلقني ثم تركني حتى رددته أبي وخلعت ثيابي فقال: قد راجعتك قد راجعتك، فقال عمر لابن مسعود رضي اللّٰه عنهما ما تقول فيها؟ قال: أرى أنه أحق بها حتى تغتسل من الحيضة الثالثة، وتحل لها الصلاة، فقال عمر: وأنا أرى ذلك(١).

وحكي أن الشافعي وأبا عبيد القاسم بن سلام: تناظرا وكان الشافعي يقول: إنها الحيض، وأبو عبيد يقول: إنها الأطهار، فلم يزل الشافعي يقرر عليه أن القرء الحيض من حيث الفقه، وأبو عبيد يقرر عليه مذهبه من حيث اللغة حتى قاما وقد انتحل كل واحدٍ منهما مذهب صاحبه، إلا أنه لم يوجد في كتب الشافعي أن الأقراء الحيض ولا في كتب أبي عبيد أن الأقراء الأطهار.

وفائدة الخلاف أن عندنا إذا طلقها وهي طاهرة تحتسب ببقية الطهر قرأ ثم تعتد بطهرين آخرين، وعندهم لا تحتسب (ق٤٣أ) بهذا الطهر بل تعتد الحيض التي أيامها ثم بحيضتين، وإن طلقها في حال حيضها لا تحتسب ببقية الحيض بالاتفاق فعندنا تعتد بثلاثة حيض كوامل، فإذا طهرت من الحيضة الرابعة انقضت عدتها. فعلى قولنا تسبق انقضاء العدة بكل حالٍ سواء طلقها في الطهر أو في الحيض، فاستدل الشافعي على أنها الأطهار لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١] ومعناه: طلقوهن في زمان عدتهن، وإنما عبر عن «في» اللام، لأن حروف الجر يقوم بعضها مقام بعض، قال اللّٰه تعالى: ﴿وَنَضَعُ ٱلۡمَوَٰزِينَ ٱلۡقِسۡطَ لِيَوۡمِ ٱلۡقِيَٰمَةِ﴾ [الأنبياء: ٤٧] أي في يوم القيامة ولم يذكر الزمان فيه؛ لأن العدة مصدر والمصادر يعبر بها عن الزمان.

فإذا ثبت هذا كان تقديره في زمان عدتهن، وقد أجمع المسلمون على أن الطلاق محرم في حال الحيض، فدل على أن زمان العدة هو زمان الطهر، وهذا لا شك فيه لمن تأمل، والذي دل على أن المراد به ما ذكرناه أن النبي ﷺ قرأ: «فطلقوهن لقبل عدتهن». وشك الشافعي أنه قرأ لقبل عدتهن وقُبل الشيء ما أقبل منه فأمر بالطلاق في إقبال زمان العدة، وقد أجمعوا على أن إقبال زمان الطلاق هو إقبال الطهر فيجب أن يكون هو زمان العدة، وهكذا قال رسول اللّٰه ﷺ لعمر رضي اللّٰه عنه: «مُر ابنك فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق» فتلك العدة التي أمر اللّٰه تعالى أن يطلق لها النساء إشارة (ق٤٣ب) إلى قوله تعالى.

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٩٤).

ثم ذكر الشافعي قول عائشة رضي اللَّه عنها هل تدرون ما الأقراء؟ الأقراء الأطهار، ثم قال: «**وَالنِّسَاءُ بِهَذَا أَعْلَمُ**».

لأن هذا مما يبتلى به النساء، وذكر الشافعي: «**أَنَّ القُرْءَ: الحَبْسِ، تَقُولُ العَرَبُ: هُوَ يُقْرِي المَاءَ فِي حَوْضِهِ، وَفِي سِقَائِهِ، ويُقْرِي الطَّعَامَ فِي شِدْقِهِ**».

وأوجز الشافعي هذا الفصل على عادة الفصحاء ومراده أن الحيض لما كان دماً يوجبه الرحم فيخرج، والطهر دم محتبس فلا يخرج وجب حمل القرء على الطهر لأن القرء: الحبس.

ثم قال الشافعي: «**ولاَ يُمْكِنُ أَنْ يُطَلِّقَهَا طَاهِراً إِلَّا وَقَدْ مَضَى بَعْضُ الطُّهْرِ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البَقَرَة: ١٩٧] فَكَانَ شَوَّالٌ، وذُو القِعْدَةِ كَامِلَيْنِ وَبَعْضُ ذِي الحُجَّةِ**».

وأراد به أن طلاق الشخص لا يكون في الطهر إلاَّ وقد مضى بعض الطهر، فإنه إذا ارتقب خاتمة حيضها، وقال لها في أول طهرها: أنت طالق فقد . . . . من طهرها، ولا يتصور وقوع الطلاق من غير كسر الطهر إلا على جهة التعليق، ومقصود الشافعي بهذا الكلام أن اللَّه تعالى لما قال: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] بين الرسول ﷺ فقال لقبل عدتهن عرفنا أن الطلاق إذا وقع من خلال الطهر ولا يمكن إيقاعه إلا مع إنكار الطهر كان الكسر الباقي محسوباً لها قرءاً ومقصوده بذكر الحج أن يجيب عن سؤال، وذلك أن أهل العراق ألزمونا، فقالوا: قال اللَّه تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] (ق٤٤أ) فيجب أن تكون الثلاثة فاصلة وأنتم توجبون طهرين، وبعض طهر، ونحن حملناها على ثلاث حيض كوامل فأجاب الشافعي، فقال: وقد قال اللَّه تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البَقَرَة: ١٩٧] والأشهر: اسم جمع وأقله ثلاثة فحملها الآية على شهرين وبعض شهر، فلذلك جاز أن تحمل هذه الثلاثة على طهرين، وبعض طهر، وهذا نص من الشافعي على أن أصل الجمع ثلاثة وهو مشهور مذهب أصحابنا.

ثُمَّ قَالَ[1]: «**وَلَيْسَ فِي الكِتَابِ وَلاَ فِي السُّنَّةِ الغُسْلِ بَعْدَ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ**» فهي باقية في العدة ما لم تغتسل إذا انقطعت حيضتها لدون عشرة أيام، فقال الشافعي: فهذا غسل ليس له في الكتاب ذكر ولا في السنة وكيف يقول هذا، وعند أبي حنيفة الزيادة على النص نسخ ولا يجوز النسخ بالاجتهاد.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لو اغتسلت إلا مقدار إصبع انقضت العدة وبطلت الرجعة، وإن لم يستبح الصلاة، ولو اغتسلت إلا مقدار كف من جسدها فكأنها لم تغتسل. وهذا مناقضة، قال: وإن اغتسلت بسؤر الحمار فهي في العدة حتى تتيمم فإذا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣).

تيممت خرجت من العدة، وإن لم تدخل في الصلاة ولكن لا يحل لها التصرف في نفسها بدخولٍ في الصلاة.

وقال في الذمية: تنقضي عدتها، وإن لم تغتسل ولم يمرّ عليه وقت وصلاة. وهذه مناقضات ظاهرة، وقال شريك بن عبد اللَّه: لا تنقضي عدتها ما لم تغتسل بعد انقضاء الحيضة الثلاثة كملت أو انتقصت، وبه قال (ق٤٤ب) أحمد في رواية.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ طَلَّقَهَا طَاهِراً قَبْلَ جِمَاعٍ أَو بَعْدَهُ، ثُمَّ حَاضَتْ بَعْدَهُ بِطَرْفَة عَيْنٍ فَذَلِكَ قُرْءٌ».

قد ذكرنا أنه إذا طلقها وهي حائض فهو طلاق محرم ولا يحتسب ببقية الحيضة من العدة، ثم إذا طعنت الحيضة الثالثة بعد هذه البقية.

قال الشافعي ههنا: «انقضت عدتها» وقال في البويطي: إذا رأت الدم يوماً وليلة انقضت عدتها، قال الداركي في المسألة قولان:

أحدهما: ما ذكره في البويطي لأن هذا الدم في الأول يحتمل أن يكون دم فسادٍ فلا تحل للأزواج حتى تتحقق أنه حيض.

والثاني: ما ذكره ههنا وهو الصحيح؛ لأنَّا نحكم بأنه حيض ونأمرها بالإمساك عن الصلاة ونأمر زوجها بترك غشيانها.

ومن أصحابنا من قال: هما على حالين فالموضع الذي قال تنقضي العدة برؤية الدم إذا حاضت على العادة، والذي قال حتى تصل يوماً وليلة إذا انتقلت عادتها مثل إن كانت العادة خمساً وعشرين طهراً، فلما كان في هذا الوقت طهرت أقل الطهر خمسة عشر يوماً وحاضت، وسواء قلنا تنقضي العدة بالرؤية أو حين يتصل يوماً وليلة، هل يكون هذا الدم من العدة؟ وجهان:

أحدهما: أنها من العدة لأنها دم تكمل به العدة.

والثاني: لا يكون من العدة لأن اللَّه تعالى أمر أن تعتد بثلاثة أقراء، فلو قلنا ذلك من العدة لكانت زيادة على المأمور وهذا أصح.

وفائدة الوجهين أنَّا إذا قلنا إنها من العدة كان زماناً للرجعة، وإن ماتت فيه ورثها، وإن نكحت لم يصح نكاحها، وإذا قلنا إنها ليست من العدة لا تصح الرجعة فيها، وإن ماتت فيه لم يرثها (ق٤٥أ)، وإن نكحت يصح نكاحها. وأما إذا طلقها في الطهر، فقد ذكرنا أنه يحتسب ببقية الطهر قرءاً قل ذلك أو كثر.

وحَدَّ أبو حامد هذا القليل بثلاثة أزمنةٍ، زمان بلفظ الطلاق، وزمان لوقوعه، وزمان

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤، ٥).

للاعتداد به، وهذا الذي اعتبره من زمان وقوع الطلاق بعد زمان التلفظ به لا يتميز في التصور، لأنه واقع باستيفاء لفظه لم يحتج بعده إلى زمان تحيض به، وصار محدوداً بزمانين زمان التلفظ بالطلاق وزمان الاعتداد، ولا فرق بين أن يكون هذا الطهر جامعاً فيه أو لا، وإن كان الطلاق محرماً إذا جامعها فيه.

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: إذا كان جامعها في هذا الطهر لا يحتسب به، لأنه زمان حرم فيه الطلاق فلا يحتسب ببقيته من العدة كزمان الحيض، وهذا غلط لأنَّا لو قلنا هكذا لأدى إلى أن يصير الطهر أربعاً وتطول عدتها به فلا يجوز، ولأنه طهر يجب الطلاق فيحتسب به كما لو لم يجامعها فيه.

وأما ما ذكره لا يصح؛ لأن تحريم الطلاق في الحيض إنما كان لأنه لا يحتسب ببقيتها فلا يجوز أن تحصل العلة في عدم احتساب العدة تحريم الطلاق، والطلاق يحرم في الطهر الذي جامعها فيه؛ لأنها تكون مرتابة لا تعلم بأي شيء تعتد به فافترقا، ولو فرغ من حروف الطلاق واتصل بها الحيض أو قال: أنت طالق في آخر جزء من أجزاء طهرك، فالطلاق محرم ويلزمها أن تعتد بعده بثلاثة أقراء كوامل. نص عليه في «الأم» وهو ظاهر ما ذكر ههنا؛ لأنه شرط أن يكون حيضها بعده بطرفة عين.

وحكي عن ابن سريج أنه خرج فيه بوجهين:

أحدهما: ما ذكرنا (ق٤٥ب).

والثاني: أنه طلاق مباح ويحتسب بذلك الجزء قرءاً، فيكون وقع الطلاق وحصول القرء في زمان واحد، كما لو قال: أعتق عبدك عني فأعتقه يقع العتق والملك في زمان واحد، والمذهب الأول؛ لأنه يستحيل أن تكون معتدة قبل وقوع الطلاق. فأما ما ذكره لا يصح لأنه يقع الملك عندنا أولاً، ثم يعتق عقبه. وقال القفال، قال الشافعي في كتاب الرسالة: القرء اسم للانتقال من الطهر إلى الحيض، ومن الحيض إلى الطهر.

فإذا قلنا: القرء الانتقال حصل لها قرء في هذه المسألة للانتقال ويكون طلاقاً سنياً، كما قال ابن سريج في أحد الوجهين، وهذا غير صحيح لأنه ذكر في كتاب الرسالة عن أهل اللغة ولم يرد به أن المراد بالقرء المذكور في الآية الانتقال، ولو قال: أنت طالق في آخر جزء من أجزاء حيضك فيه وجهان:

أحدهما: أنه محظور لأنه واقع في زمان الحيض وهذا هو الصحيح.

والثاني: أنه مباح لأنه طلاق يتعقبه طهر معتد به.

قال هذا القائل: إذا كان الطلاق في المسألة السابقة محصوراً؛ لأنه يتعقبه حيض ففي هذه المسألة وجب أن يكون مباحاً؛ لأنه يتعقبه طهر، ومن نصر الوجه الأول أجاب عن هذا بأن الطلاق المجرد في حال الحيض لا يكون إلا محصوراً، فلم يجز أن يحكم بإباحة هذا الطلاق، وقد يكون الطلاق في الطهر محصوراً وهو في الطهر المجامع فيه فجاز أن يحكم بحظر هذا الطلاق، ولو اختلفا فقال الزوج: انقضت حروف الطلاق مع

انقضاء الطهر ووقع الطلاق في زمان الحيض، وقالت: بل انقضت حروف الطلاق وقد بقي بقية من الطهر فالقول قولها (ق٤٦أ) لأن قولها مقبول في الحيض، وفي انقضاء العدة.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَتَصَدَّقَ عَلَى ثَلاَثَةِ قُرُوءٍ فِي أَقَلِّ مَا يُمْكِنُ».

الفصل:

قد ذكرنا فيما تقدم أنها تصدق في انقضاء عدتها إذا ادعت انقضاءها في اثنين وثلاثين يوماً وساعتين في القول المشهور. فأما على القول الذي حكاه البويطي أنه يعتبر مضي يوم وليلة تصدق في ثلاثة وثلاثين يوماً وساعتين؛ لأن التصديق يقع بعد مضي اليوم والليلة من الحيض في الساعة الأولى من اليوم الثاني من الحيض.

وحكى الداركي عن الاصطخري أنه قال: إذا كان لها عادة في الحيض أكثر من يوم وليلة لم يُقبل قولها في أقل من ذلك، كما لو ادعت ابنة عشرين سنة أنها قد آيست من الحيض لم تصدق، وهذا لأن العادة صارت أصلاً متيقناً.

قال القفال: وهذا مفهوم قول الشافعي لأنه قال في الكبير: «لو كان لها عادات مختلفة فادعت انقضاء عدتها بأقل عدتها قُبل» فدل على أنها لو ادعت بخلاف العادة لا يُقبل وظاهر المذهب أنه لا فرق؛ لأن الشافعي أطلق ههنا أنها تصدق ولم يفصل بين أن تكون معلومة العادة أو مجهولة العادة، وهذا لأن تعيين العادة ممكن ولا طريق إلى معرفتها، وليس كذلك ابنة عشرين سنة لأنها لا تعلم من نفسها أنها قد آيست، وإنما تعلم تباعد الحيض عند أيام عادتها وقد تتباعد ثم تعود، نظير هذا أن العادة في الحمل تسعة أشهر فلو ادعت الولادة في ستة أشهر من يوم النكاح قلنا كذلك ههنا. ولو ادّعت انقضاء عدتها بأقل ما ذكرناه فلم يُقبل قولها، ثم ادعت انقضائها بعد مضي زمان الإمكان نُظر، فإن رجعت عن دعواها بالأولى قُبل قولها، وإن كانت مصرة (ق٤٦ب) على دعواها الأولى، وقالت: انقضت عدتي بأقل من هذا الزمان، وإنما فقدت المقدار الذي قلتموه بقولكم لم يُقبل قولها ولم يحكم بانقضاء عدتها.

وحكى أبو حامد أنه إذا مضى زمان الإمكان انقضت العدة، قال: ونص الشافعي على أن عدتها تنقضي بهذا القدر، وإن كانت تدعي ما ادعت أولاً؛ لأن العدة مضي الزمان، فإذا انقضت العدة والأول أصح، وهو اختيار القاضي الطبري؛ لأنَّا حكمنا في الأول ببطلان إقرارها فلا نحكم بعد ذلك بصحته إلا بخبر منها مجدد.

وقال الداركي: إذا قعدت ثلاثة أشهر انقضت عدتها؛ لأن الغالب من أمر النساء

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤، ٥).

أنهن يختص في كل شيء، ولو قال لها: إذا ولدت فأنت طالق فولدت ولداً، ثم ادعت انقضاء العدة بعده فإنك ما تصدق.

قال الداركي: سبعة وأربعون يوماً وساعتين بساعة النفاس بعد الولادة، وخمسة عشر طهر ويوم وليلة حيض، وخمسة عشر طهر وهو القرء الثاني ويوم وليلة حيض وخمسة عشر طهر، فإذا طعنت في الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة. ووافقه سائر أصحابنا، وقال القاضي الطبري: يجب أن تكون سبعة وأربعين يوماً وساعة لا يجوز عندنا أن تلد ولا ترى النفاس.

وقال القفال: فيه وجه آخر أن الدم إذا عاد في ستين يوماً فهو نفاس، وبه قال أبو حنيفة، ويريد ستون، وهذا غريب بعيد، وإذا ادعت انقضاء عدتها بالسقط، نقل المزني: ولذلك صدق على السقط، وقد ذكرنا ما قيل في كتاب الرجعة.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَأَقَلُّ مَا عَلِمْنَاهُ مِنَ الحَيْضِ يَوْمٌ».

الفصل:

قد ذكرنا هذا في كتاب الحيض، وقيل: كان الشافعي يرى أقل الحيض (ق٤٧أ) يوم وليلة حتى صح عنده ما قال الأوزاعي: كانت عندنا امرأة تحيض بالغداة وتطهر بالعشي. وكتب إليه عبد الرحمٰن بن مهدي بمثل ذلك فصار إليه.

واختار المزني من القولين لنفسه: أن أقل الحيض يوم وليلة، واحتج فقال: لأنه زيادة في الخبر والعلم، وهذا الذي اختاره أصح القولين، ولكن يمكن أن يجاب عن دليله بأن يقال: الزيادة في الخبر أن يكون أقل الحيض يوماً؛ لأن المرجع فيها إلى الوجود من نوادر عادات النساء، فإذا وجدنا امرأة حيضتها يوم وليلة ووجدنا امرأة أخرى حيضتها يوم، فزيادة العلم مع التي حيضتها يوم، ولو اعتبر الزيادة في المدة لكان ما ذهب إليه أبو حنيفة أولى، وهو أن أقل الحيض ثلاثة أيام، وقيل: إنه اختار ما قال في هذا الموضع أنه يوم لا ما حكى عنه من موضع آخر، فقال: هذا أولى، يعني قوله يوم؛ لأنه زيادة في الخبر والعلم، ثم مثل القول فقال: وقد يحتمل أنه أراد يوماً بليلته فيكون المفسر من قوله يقضي على المجمل.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَإِنْ عَلِمْنَا أَنَّ طُهْرَ امْرَأَةٍ أَقَلُّ مِنْ خَمْسَةَ عَشَرَ جَعَلْنَا القَوْلَ فِيهِ قَوْلَهَا».

أقل الطهر عندنا خمسة عشر يوماً للوجود المعتاد في خواص النساء، فلو وجدنا

---

(١) انظر الأم (٥/٥).

(٢) انظر الأم (٥/٥).

أقل منها لجعلناه طهراً ولكن لم يوجد وجوداً معتاداً، والعادة أن تتكرر مراراً ومن جماعة النساء مرة واحدة، وقال الداركي: سمعت أبا إسحاق يقول: إذا تكرر مرتين فقد صار معتاداً، وقال مرة أخرى: إذا تكرر ثلاث مرات ولا يختلف المذهب أنه لا يثبت ذلك بمرة واحدة.

وقال الداركي: (ق٤٧ب) اعتبار الثلاث أولى وأصح، فإذا وجد متكرراً ثلاث مرات في امرأة واحدة من غير مرض ولا عارض، أو وجد مرة واحدة من نساء أقلهن ثلاث نسوة تثبت العادة، وإن ادعت امرأة بعد ذلك أنها رأت أقل من خمسة عشر يوماً صدّقناها وجعلناه طهراً صحيحاً، ولكن لم يثبت بعد فلا يقبل فيه قول معتدة بحالٍ، فإن تفرق ذلك في امرأة واحدة ولم يتوالَ لا تصير عادة، وإذا وجد مرة واحدة من ثلاث نسوة هل يراعى أن يكون ذلك في فصل واحد من عام واحد؟ وجهان:

أحدهما: يراعى وجود ذلك منهن في فصل واحد في عام واحد، فإن اتفق عليه فصلين في عام واحد أو فصل واحد في عامين لم تصر عادة معتبرة، ليكون اختلاف طباعهن مع اتفاق زمانهن شاهداً على صحة العادة احتياطاً لها.

والثاني: لا يعتبر ذلك وإن اختلفت في الفصول والأعوام جاز وصار عادة، ليكون أنفى للتواطؤ وأبعد من التهمة، ولا يقبل ذلك إلا من نساء ثقات تُقبل شهادتهن لما فيه من إثبات حكم مرعى، ولا يقبل خبر المعتدة معهن في حقّ نفسها لتوجه التهمة إليها وفي قبوله في حقّ غيرها وجهان:

أحدهما: لا تقبل لرده بالتهمة.

والثاني: تقبل لأنها ثقة.

فإن قيل: قلتم في الحيض تثبت عادة المرأة في الحيض بمرة أو مرتين، وههنا تعتبرون ثلاث مرات فما الفرق؟ قيل: الفرق أن تلك عادة المرأة التي تعتبرها في تمييز حيضها من استحاضتها، واعتبار حكمها في نفسها دون غيرها، فقلنا: رد إلى مقدار الدم الذي رأته مرة أولى من اعتبار أقل الحيض، أو اعتبار غالب عادة نساء بلدها، وههنا نريد أن نعرف عادتها ليثبت به (ق٤٨أ) حكمها وحكم سائر النساء في مقدار أكثر الحيض وأقله فكان حكمه آكد وأغلظ، فاعتبرنا التكرار فيه.

وقال القفال: هذا الذي ذكره الشافعي ههنا من أقل الطهر لفظ في غاية الإطلاق، ولا يدل على أن الشافعي لم يحكم بأقل الطهر وأحال على ما سيوجد، بل أراد أنّا لو كنا وجدنا فيما مضى عادة جارية في بعض النساء وجدنا فيه قول متقدم لقلنا به، ولكنا لم نجد ذلك والإجماع إذا انعقد على شيء لم يجز الاعتراض عليه، وقد استقرت العادة فيه على خمسة عشر إلى يومنا هذا واللّه تعالى ما أجرى العادة بتبديلها وتغييرها فاستقر الإجماع والأحكام عليها، ولو جاز أن يقال بهذا القول في الطهر جاز أن يقال في أكثر الحيض وأقله مثل هذا. وكان الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني يقول: إذا استقرت عادة

امرأة على أربعة عشر أو ثلاثة عشر في الطهر جعل ذلك لها أقل الطهر، وأخبر أن امرأة كانت بهذه الصفة مستقرة العادة على أربعة عشر فأفتاها بهذا الفتوى ومات وهو على هذا المذهب، وظاهر كلام الشافعي معه كما ترى.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ رَأَتِ الدَّمَ فِي الثَّالِثَةِ دَفْعَةً ثُمَّ ارْتَفَعَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ كَانَ الوَقْتُ الَّذِي رَأَتْ فِيهِ الدَّفْعَةَ فِي أَيَّامِ حَيْضِهَا وَرَأَتْ صُفْرَةً أَوْ كَدْرَةً أَوْ لَمْ تَرَ طُهْراً حَتَّى يَكْمُلَ يَوْماً وَلَيْلَةً فَهُوَ حَيْضٌ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ أَيَّامِ الحَيْضِ فَكَذَلِكَ إِذَا أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ رُؤْيَتِهَا الدَّمَ وَالحَيْضَ قَبْلَهُ قَدْرُ طُهْرٍ وَإِنْ رَأَتِ الدَّمَ أَقَلَّ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لَمْ يَكُنْ حَيْضاً».

(ق٤٨ب) قوله: «دفعة» أي لحظة. وقوله: «في الثالثة» أي في الحيضة الثالثة وقوله: «ولم تر طهراً» أي أقل الطهر، وأراد به أنها إذا طعنت في الحيضة الثالثة فرأت دماً، ثم انقطع يومين أو ثلاثة أيام، فإن كان الدم الذي رأته حيضاً فقد انقضت به العدة، وإنما يكون حيضاً بوجود ثلاث شرائط، اثنان متفق عليها.

أحدهما: أن يكون بينه وبين الحيض الذي كان قبله أقل الطهر وهو خمسة عشر يوماً.

والثاني: أن يكون مقدار الدم يوماً وليلة أو يوماً على ما ذكرنا، وقد صرح ههنا باعتبار يوم وليلة.

والثالث: أن يكون أسود ثخيناً، فإن كان أصفر رقيقاً أو مكدراً، فإن كان في أيام العادة كان حيضاً، وإن كان في أيام الإمكان فالمنصوص ههنا أن يكون حيضاً، وقد ذكرنا عن الاصطخري أنه قال: لا يكون حيضاً لأنه ليس معها أمارة تدل على أنه حيض من وقت وصفه إلا أن يتقدمها دم أسود فيكون حيضاً؛ لأن علامة دم الحيض قد تقدمت ولا يبقى الدم على حالة واحدة بل يتغير إلى الصفرة أو الكدرة فلا يخرج بذلك عن أن يكون حيضاً.

قال: هذا القائل وقد شرط الشافعي ههنا يقدم الدم الأسود أو الأحمر، لأنه قال: «ورأت صفرة أو كدرة بعد الدفعة» فعرفنا أن الدفعة غير الصفرة والكدرة، وهو السواد وما يقارب السواد من الأحمر القاني الثخين، وهذا غلط؛ لأن الشافعي نص في «الأم» على هذه المسألة، وقال: «أو رأت صفرة أو كدرة» فسقط الألف من المزني ومعناه: أو كان مكان هذا الدم صفرة أو كدرة، وقال بعده: (ق٤٩أ) «وإن كان في غير أيام الحيض فكذلك» أي إن كان في غير أيام العادة فهو كما لو كان في أيام العادة، إذا كان بينه وبين

---

(١) انظر الأم (٥/٦).

الحيض قدر طهر يعني خمسة عشر يوماً فصاعداً، فقول الأصطخري مخالف نص الشافعي بكل حالٍ، وإن رأت الدم في الثالثة لحظة ثم ارتفع يوماً أو يومين ولم يبلغ أقل الطهر، ثم عاودها الدم وكان الزمان يبلغان يوماً وليلة كان الكل حيضاً وانقضت به العدة، وهذا على القولين في التلفيق، وقد شرحناه في كتاب الحيض. وجملة الكلام ههنا أنَّا إذا جعلنا الدم حيضاً حكمنا بانقضاء عدتها برؤيته، وإذا لم نجعله حيضاً لم نحكم.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ طَبَقَ عَلَيْهَا الدَّمُ، فَإِنْ كَانَ دَماً يَنْفَصِلُ فَيَكُونُ فِي أَيَّامٍ أَحْمَرَ قَانِياً مُحْتَدِماً كَثِيراً وَفِي أَيَّامٍ بَعْدَهُ رَقِيقاً.

الفصل:

أراد به أنها إن كانت مميزة ردت إلى التمييز. والاحتدام: أن يخرج بخرقة، وإن لم تكن مميزة وكانت لها عادة ردت إلى عادتها، وإن لم تكن لها عادة وكانت مبتدأة فيه قولان:

أحدهما: حيضها في كل شهر يوم وليلة.

والثاني: ست أو سبع.

ونص ههنا أنه حيضها يوم وليلة من أول كل شهر وسوى بين الناسية والمبتدأة في ذلك، وإنما جعل الحيض يوماً وليلة من أول كل شهر؛ لأن الغالب أن الحيض يكون في أول كل شهر.

فإن قيل: ليس من الضرورة أن يوافيها حيضها مع الهلاك، بل ربما يوافيها حيضها في وسط الشهر أو في آخر الشهر، فكيف اعتبر الشافعي الأهلة في هذا الحكم؟ قيل: الأمر على ما ذكرتم ولكننا إذا لم نعرف ههنا أول دورها وآخر دورها، وعرفنا أن أغلب عادات النساء في كل شهر طهر وحيضة (ق٤٩ب) لم نجد أصلاً نرجع إليه أولى من الأهلة التي جعلها اللَّه تعالى علماً لمعرفة الحساب في مثل هذا الموضع، ثم قال الشافعي ههنا: «**فَإِذَا أَهَلَّ الهِلاَلُ الرَّابِعُ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا**».

وروى الربيع: «فإذا أهل الهلال الثالث فقد انقضت عدتها» واختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: لا فرق بين الروايتين، وصورة المسألة أن يطلقها في بعض المحرم، فنحسب به قرءاً وصفر قرءاً ثانياً وربيع الأول قرءاً ثالثاً، فإذا أهل هلال ربيع الآخر فقد انقضت العدة، فعد الشافعي على رواية المزني هلال المحرم في العدة، لأنه محسوب من العدة وهو الأول، ولم يعده في رواية الربيع في العدد ولكن حسبه من العدة؛ لأن الهلال قد سبق الطلاق وإنما حسبنا ما بقي من الشهر بعد إهلال الهلال قرءاً

(١) انظر الأم (٥/٦).

فلم نعد ذلك الهلال في عدد الأولة فالروايتان صحيحتان ومعناهما واحد، ومنهم من قال: معنى رواية المزني إذا طلقها في أول المحرم فحسب ما بقي منه قرءاً، وحسب هلال المحرم في العدد؛ لأنَّا إذا حسبناه قرءاً من أوله يجب أن يحتسب في عدد الأهلة، فإذا أهل هلال ربيع الآخر وهو الرابع من هلال المحرم فقد انقضت العدة. ومعنى رواية الربيع أنه طلقها في آخر المحرم، وقد بقي منه يسير فحسب ما بقي قرءاً؛ لأنها طاهرة في الجملة على ما بيَّناه، فإنَّا إذا جعلنا حيضتها في أول كل شهر تكون في آخره طاهراً ولكنه لم يحتسب هلال المحرم في عدد الأهلة؛ لأن اليسير منه محسوب من العدة والمعظم قبل وقوع الطلاق ووجوب العدة (ق٥٠أ) فلم نعده في عدد الأهلة وحسب من أوله هلال يأتي عليها وهو هلال صفر وهلال ربيع الأول، فإذا أهل هلال ربيع الآخر، فقد انقضت عدتها وهو الثالث من هلال صفر.

ومن أصحابنا من قال: معنى ما رواه المزني إذا طلقها في النصف الأخير من الشهر فلا تعتد بما بقي من الشهر من العدة؛ لأنه لا يجوز أن يكون جميع ما بقي حيضاً، فإذا أهل صفر دخلت في العدة، فإذا أهلّ جمادى الأولى وهو الهلال الرابع من هلال صفر، فقد انقضت العدة. ومعنى ما رواه الربيع إذا طلقها في النصف الأول من الشهر حتى يسع ما بقي حيضاً وطهراً فيحتسب به قرءاً؛ لأنه لا يجوز أن يكون جميع ما بقي من الشهر حيضاً، ولكنه لا يحتسب هلال المحرم في العدد لأنه أهل قبل وقوع الطلاق، وإنما يحسب من هلال صفر، فإذا أهلّ ربيع الآخر فقد انقضت العدة وهو الثالث من هلال صفر.

ومن أصحابنا من قال: صورة المسألة أن يطلقها في النصف الآخر من الشهر وفيه قولان:

أحدهما: لا يحتسب به قرءاً وهو رواية المزني لما ذكرنا أنه يجوز أن يكون كل ما بقي حيضاً.

والثاني: يحتسب قرءاً لأنَّا حكمنا بأنها طاهرة في آخر الشهر فيحتسب به قرءاً، فإذا أهلّ الهلال الثالث بعد الطلاق فقد انقضت العدة في رواية الربيع، وفي رواية المزني، فإذا أهل الهلال الرابع تنقضي العدة.

ومن أصحابنا من قال، وهو اختيار صاحب المنهاج: قوله: «فإذا أهلّ الهلال الرابع» أي انقضى الشهر الثالث فالهلال مضاف إلى الشهر الرابع (ق٥٠ب) كما إذا انقضى شعبان فاستهل الهلال يضاف ذلك الهلال إلى رمضان، وقوله: «فإذا أهل الهلال الثالث» أي انقضى الشهر الثالث ولكنه عبر عن انقضائه استهلال الهلال على نوع من التجوز في العبارة، فرجع الروايتان إلى معنى واحد وهو في المبتدأة والناسية إذا مضى عليهما ثلاثة أشهر بالأهلة حكمنا بانقضاء عدتها، وكذلك إن مضى شهران وأكثر الشهر الأول فحصل خمسة طرق.

وذكر القفال وجهاً آخر أن الناسية إذا لم تعرف متى استمرّ بها الدم بأن أفاقت والدم سائل بها يجعل ذلك الشهر أول شهرها ويحسب كل شهر ثلاثين يوماً، فإذا تم ثلاثون يوماً فقد أهل هلالها ولا تعمل بالأهلة. وفي المبتدأة تحتسب من أول ما رأت الدم المستمر كل ثلاثين يوماً شهراً فنقصت شهور الأهلة أو كملت وهذا غريب بعيد.

وقال بعض أصحابنا: أحد القولين في الناسية المتحيرة أنها لا تحيض شيئاً، بل تكون كل دهرها مشكوكاً فيه، وتأخذ بالاحتياط في العبارات على ما ذكرنا في «كتاب الحيض» فعلى هذا ينبغي أن تتربص في العدة حتى تصير من الآيات فتعتد حينئذٍ بثلاثة أشهر تغليظاً كما في العبادات، لأنه ما من زمان يأتي عليها إلا ويمكن فيه الحيض والطهر معاً، ولا نعلم قدر ما بين الحيضتين من الطهر فيتعذر الحكم لها بعدة صحيحة. وهذا أيضاً غريب ضعيف.

وقال القفال: في الناسية طريقان:

أحدهما: فيها قولان أنها كالمبتدأة أو لا حيض لها.

والثانية: قول واحد لأنه لا حيض لها إلا في العدة فإنَّا نجعل كل شهر لتنقضي عدتها بثلاثة أشهر (ق٥١أ) والمنصوص التسوية بين المبتدأ والناسية ههنا وهو الصحيح.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ كَانَتْ تَحِيضُ يَوْماً وَتَطْهُرُ يَوْماً وَنَحْوَ ذَلِكَ جُعِلَتْ عِدَّتُهَا تَنْقَضِي بِثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ.

الفصل:

معناه إذا لم يكن لها تمييز ولا عادة فإن عدتها تنقضي بثلاثة أشهر، وليست هذه من ذوات الشهور وإنما هي من ذوات الأقراء وبها تنقضي عدتها، ولكن الغالب أنه ثلاثة أقراء تنقضي من ثلاثة أشهر، فأمرها بالقعود ثلاثة أشهر ولتحصل لها بمضيها ثلاثة أقراءٍ، وسواء قلنا إنها تلفق أو لا تلفق فالحكم واحد لا يختلف في باب العدة. فأما إذا كانت مميزة أو كانت معتادة فإن حيضها مقدار التمييز أو مقدار العادة إن لم يكن لها تمييز، وما زاد على ذلك طهر وتعتد بثلاثة أطهار على ذلك، سواء كانت في أقل من ثلاثة أشهر أو في أكثر من ثلاثة أشهر.

فإن قيل: إذا جعلتم أيام نقائها طهراً فهلا قلتم تنقضي عدتها لستة أشهر؟ قلنا: أجاب الشافعي بأن اللَّه تعالى حكم بأن العدة تنقضي بثلاثة أطهار كوامل وهذه أطهار ناقصة، وفسره أصحابنا بأن هذا طهر واحد تفرق وحيضة واحدة تفرقت؛ لأن لها في شهر واحد خمسة عشر يوماً حيضاً وخمسة عشر طهراً.

---

(١) انظر الأم (٥/٧).

وقال سعيد بن المسيب في المستحاضة التي استمرّ بها الدم إما دائماً، وإما يوماً دماً ويوماً طهراً: تتربص تسعة أشهر ثم ثلاثة أشهر فذلك سنة، ثم تنكح؛ لأنه يحتمل أن جميع دمها دم فساد فتصير كامرأة تراخى حيضها وقد حكم رضي اللّه عنه في التي تراخى حيضها بهذا فقاس سعيد بن المسيب على هذه، فنقول: حديث عمر رضي اللّه عنه متأول على ما سنذكره، وأما هذه فإنها لا تزال (ق٥١ب) ترى الدم فلا تجعل آيةً من الحيض.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ تَبَاعَدَ حَيْضُهَا فَهِيَ مِنْ أَهْلِ الحَيْضِ حَتَّى تَبْلُغَ السِّنَّ الَّتِي مَنْ بَلَغَهَا لَمْ يَحِضْ».

المرأة التي لم تحض قط فعدتها تكون بثلاثة أشهر بلا خلافٍ، ولا فرق بين أن تكون قد بلغت سن المحيض، وإن كانت آيسة ثلاثين سنة أو خمسين أو لم تبلغ. وبه قال جماعة الفقهاء. وقال أحمد في رواية: إن بلغت سن المحيض فعدتها سنة اعتباراً بغالب مدة الحمل وثلاثة أشهر بعدها.

واحتج بأن هذه في سن المحيض، فإذا لم تر الدم اعتدت سنة كما لو كانت ذات الحيض، ثم انقطع. وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطّلَاق: ٤] ولم يفصل ولا نسلم قياساً عليه، وإن سلمنا على قوله القديم فالعرف أنها من ذوات الأقراء بخلاف هذه فافترقا، وإن كانت قد حاضت مدة أو أكثر، ثم تباعد حيضها نُظر فيه، فإن كان لعارض مثل رضاع أو مرض أو غيره عليها أن تقعد إلى أن يزول العارض وتحيض أو تيأس ثم تعتد بثلاثة أشهر، وهذا إجماع، والدليل عليه ما روى الشافعي بإسناده أن حيان بن منقذ طلق امرأته وهو صحيح وهي ترضع، فأقامت تسعة عشر شهراً لا تحيض، ثم مرض حيان فسئل عن ذلك عثمان بن عفان، وعنده علي بن أبي طالب، وزيد بن ثابت رضي اللّه عنهم، فقال عثمان لعلي وزيد: ما تريد فقالا: نرى أنها ترثه إن مات ويرثها إن ماتت فإنها ليست من القواعد التي يئسن من المحيض، وليست من الأبكار اللائي لم يبلغن المحيض ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل وكثير، فرفع (ق٥٢أ) حيان إلى أهله فأخذ ابنته، فلما فقدت الرضاع حاضت حيضتين، ثم توفي حيان قبل الثالثة فاعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وورثته(٢).

وروي عن محمد بن يحيى بن حيان أنه قال: كانت عند جدي حيان امرأتان له: هاشمية وأنصارية، فطلق الأنصارية وهي ترضع فمرت بها سنة، ثم هلك عنها، ولم تحض، فقالت: أنا أرثه لم أحض، فاختصما إلى عثمان بن عفان فقضى لهما عثمان

(١) انظر الأم (٥/ ٧).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤١٠)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٢٠).

رضي اللَّه عنه بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال عثمان: هو أشار إلينا بهذا ابن عمك، يعني علي بن أبي طالب رضي اللَّه عنه[١].

وروي عن علقمة أنه كانت له امرأة فطلقها تطليقة أو تطليقتين ثم حاضت حيضة أو حيضتين، ثم ارتفع حيضها سبعة أو ثمانية عشر شهراً، ثم ماتت فقال ابن مسعود رضي اللَّه عنه حبس اللَّه عليك ميراثها فورثه منها[٢].

وإن كان لغير عارض، قال في «الجديد»: تقعد إلى أن ترى الحيض أو تيأس فتعتد بثلاثة أشهر، وبه قال أبو حنيفة وجماعة، ووجهه أن اللَّه تعالى لم يجود الأشهر إلا للآيسات، أو اللاتي لم تحض، وهذه ليست يائسة ولا ممن لا تحيض.

وروي أن أبا الأحوص طلق امرأته وكانت ذات أقراءٍ فارتفعت حيضتها فسأل عبد اللَّه بن مسعود فقال: أبقي بينكما لا تنقضي عدتها حتى تحيض أو تيأس.

وروي عن ابن سيرين، عن ابن مسعود أنه قال: عدة المطلقة الحيض، وإن طالت.
وقال في «القديم»: تقعد حتى يمر بها ما يدل على براءة رحمها ثم فيه قولان:

أحدهما: يعتبر العلم ببراءة رحِمها قطعاً وهو أربع سنين.

والثاني: يعتبر العلم ببراءة رحمها ظاهراً وهو تسعة أشهر، وبه قال مالك، وأحمد، وعلى كلا القولين (ق٥٢ب) لا بد من ثلاثة أشهر بعدها؛ لأنَّا اعتبرنا هذه المدة لتصير بها من أهل الشهور، فإذا صارت من أهله اعتدت بها، فإن قيل: إذا اعتبرتم العلم ببراءة رحمها قطعاً بأربع سنين على القول الأول فلم اعتبرتم مضي ثلاثة أشهر ولا معنى له؟

قلنا: الاعتداد إنما يكون بالأقراء أو بالأشهر، وقد تجب العدة مع تحقق براءة الرحم، ألا ترى أنه لو علق الطلاق بوضع الحمل فوضعت اعتدت مع حصول براءة الرحم يقيناً كذلك ههنا، ومن قال بالقول الثاني احتج بأن بهذا القدر تُعلم براءة الرحم ظاهراً ويكفي الظاهر في انقضاء العدة، ألا ترى أنها تنقضي بثلاثة أقراء، وإن جاز أن تكون حاملاً.

وروى الشافعي في «القديم» عن ابن المسيب، عن عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه أنه قضى في المرأة التي يطلقها زوجها تطليقة ثم تحيض حيضة أو حيضتين ثم ترفع حيضها أنها تتربص تسعة أشهر، فإن استبان بها حمل فهي حامل وإلا اعتدت بعد ذلك ثلاثة أشهر، ثم قد خلت بالخاء[٣]، هكذا أورده الإمام البيهقي رحمه اللَّه ثم عاب على من خالفه، وقال: أمير المؤمنين يقضى به بين المهاجرين والأنصار ولا ينكر منكر فكيف يجوز مخالفته، ولأنَّا لو كلفنا بالجلوس حتى تبلغ سن اليأس أدى إلى ضرر عظيم بها،

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٠٩)، وفي «معرفة السنن» (٤٦١٩).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤١٢)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٢٥).
(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٨٢)، والشافعي في «المسند» (١٩٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٤١٣).

حيث تبقى في العدة إلى أن تبلغ ستين سنة أو سبعين، ثم لا يرغب فيها أحد، وعلى زوجها ضرر أيضاً حيث يلزمه سكناها ونفقتها إن كانت رجعية وفي أقل هذا الضرر أزلنا النكاح في العنة ونحوها، فههنا أولى أن يزول، وقيل: إن الشافعي رجع عن قوله القديم صريحاً، وقال[1]: يحتمل قول عمر أن يكون في المرأة التي قد بلغت السن (ق٥٣أ) التي من بلغها من نسائها آيس من المحيض، وفي رواية أن عمر قال في التي رفعتها حيضها ومعناه ارتفعت حيضها.

وأما فصل الضرر يبطل بما لو ارتفعت حيضتها لعارض مرض، ولأنه قد يغيب زوجها وتقعد فلا تحل إلا بعد طول عمرها، ولا يباح لها النكاح للضرر كذلك ههنا. وإذا قلنا بقوله القديم فإن تعاودها الدم فلا كلام، وإن عاودها بعد انقضاء العدّة وعند النكاح فلا تعود إلى الأقراء ولا يبطل نكاحها؛ لأنه تعلق حق الزوج الثاني بها فلا يبطل بعود الدم، وإن عاودها في العدة أو في حال المكث كانت عادتها الأقراء، وإن عاودها بعد انقضاء العدة قبل النكاح هل تعود إلى النكاح وجهان:

أحدهما: تعود إليها لأنها رأت الدم قبل أن يتعلق بها حق زوج آخر.

والثاني: وهو الصحيح أنها لا تعود؛ لأنّا حكمنا بانقضاء عدتها فأشبه إذا عاودها بعد النكاح. وهو اختيار القاضي الطبري وجماعة.

وإذا قلنا بقوله الجديد اختلف قول الشافعي فيما تصير به آيسة فقال في موضع: «إذا بلغت السن التي من بلغها من نسائها آيست من المحيض اعتدت بالأشهر» فجعل الاعتبار في الإياس بنسائها دون سائر الناس، ولا فرق في هذا بين نساء العصبات وغيرهن من عشيرتها، وهذا هو المذهب بخلاف اعتبار مهر المثل؛ لأن النسب في ذاك معتبر بخلاف هذا، ولأن الظاهر أن نساؤها كنسائهم وطبعها كطبعهم.

وقال في موضع آخر: إنها لا تصير من الأنساب حتى تبلغ السن التي من بلغها من نسائها وغيرهن من نساء زمانها لم تحض يقيناً احتياطاً كما تعتبر عادة نساء العالم (ق٥٣ب) في أقل الحيض وأكثره. قال أبو إسحاق ولعله أصح القولين، وقيل: فيه وجه آخر ذكره صاحب «الإفصاح» تنتظر السن التي من بلغها لا تحيض في غالب النسوان كما اعتبر الشافعي هذا في عادة الحيض.

وقال القفال: مرجع القولين إلى أن المرأة تأخذ في أمر عدتها بالظاهر أو باليقين وفيه قولان، قال بعض أصحابنا بخراسان: يعتبر بنساء بلدها خاصة، وفي وجه يعتبر بنساء عصباتها كمهر المثل، وهو غلط ظاهر. وقيل: لم تحض امرأة لخمسين سنة إلا أن تكون عربية ولم تحض لستين إلا أن تكون قرشية، وهذا قول غريب.

وقال صاحب «الحاوي»[2]: هذا لا يصح لأني كنت في جامع البصرة فحضرتني

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٩٧).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ١٨٩).

امرأة ذات خشوع وصلاح، وقالت: عاودني الدم بعد الإياس فهل يكون حيضاً فقلت: كيف؟ قالت: أراه في كل شهر دماً أسود كعادتي في زمان الشباب. قلت: ومذ كم رأيته؟ قالت: مذ نحو من سنةٍ. قلت: كم سنك؟ قالت: نحو من سبعين سنةً. قلت: من أي الناس أنت؟ قالت: من بني تميم. قلت: أين منزلك؟ قالت: في بني حصين فأفتيتها أنه حيض لتلتزم أحكامه.

فإذا قلنا بهذا القول فبلغت سن الآيسات واعتدت بثلاثة أشهر، ثم رأت الدم قبل النكاح أو بعده فالحكم على ما ذكرنا في القول الأول هكذا ذكره أبو حامد.

وقال القفال: فيه قولان، والأظهر أنه يبطل النكاح لأنَّا جوزنى ذلك بحكم الإياس وبالحيض يتبين أن لا إياس. **والثاني**: لا يبطل.

قال القفال: وكنت أنكر هذا القول (ق٥٤أ) حتى وجدت للشافعي أصلين يدلان عليه.

أحدهما: أن المعضوب المأيوس إذا حج عن نفسه، ثم زالت زمانته هل يلزمه إعادة الحج؟ قولان؛ ففي قول اعتبر حقيقة تعذر برؤه في المستقبل، وفي قول اعتبر ظاهر الإياس عنه، والأصل الآخر أنهم إذا رأوا سواداً وابلاً فظنوهم عدواً فصلوا صلاة شدة الخوف، ثم بان الأمر هل يلزمه إعادة الصلاة؟ قولان؛ ففي قول اعتبر وجود العدو حقيقة.

وفي قول اعتبر الخوف من العدو فكذلك ههنا ظاهر أمرها الإياس فلا يبطل بأن تحيض بعده على أحد القولين. ولو وجدنا امرأة تحيض وتطهر على الاستقامة وقد بلغ سنها مائة مثلاً فإنها من ذوات الأقراء بلا خلاف، وإن لم نجد لها نظيراً في النساء يحيض.

فرع:

لو رأت الدم قبل الفراغ من الشهور فإنها تحسب ما مضى قرءاً ويبطل اعتبار الشهور، ويخالف الصغيرة إذا حاضت قبل الفراغ من الشهر لا تحتسب بما مضى قرءاً على ظاهر المذهب؛ لأن ذلك ليس بطهر بين حيضتين، وههنا طهر بين حيضتين فيحسب قرءاً لا محالة.

فرع آخر:

قال القفال: لو اعتدت بشهر من الثلاثة بعدما بلغت سن الإياس ثم رأت الدم مرة احتسِبت قرءاً، ثم فقدت بعد ذلك اعتدت الآن بثلاثة أشهر؛ لأن أقل من هذا لا يدل على براءة رحمها، وكذلك لو رأت قرءاً آخر حصل قرءان، ثم انقطع دمها وآيست يلزمها أن تستأنف ثلاثة أشهر، وهذا بخلاف ما لو عملت بقوله القديم فتربصت (ق٥٤ب) شهراً من الثلاثة ثم . . . .

(ق٥٥أ) كما لو طهر بعد موته، واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ

حَمْلَهُنَّ﴾ [الطّلَاق: ٤] قلنا: هذه الآية إما أن تكون واردة في المطلقات فلا حجة له فيها، وإن كانت عامة لا يدعى عدمها إلا فيما يجوز أن يكون مقصوداً بها وهو الحمل الذي يكون من الزوج، وهذا الحمل ليس من هذا الزوج بالإجماع فكيف يجوز دعوى عمومها في مثل هذا المحل.

فإذا تقرر هذا فإن كان الحمل مجهولاً يحمل على أنه من زنى فلا حكم له، فإن مضت أربعة أشهر وعشر قبل الولادة، فقد انقضت عدتها.

فإن قيل: لو تزوجت المطلقة في عدتها فوطئها الثاني فحملت منه لا تُحتسب أقراءها من الأول وتكون العدة من الثاني، فإذا وضعت وانقضت أيام النفاس رجعت فأتمت عدة الأول، وقلتم ههنا تحتسب بالأشهر في عدة الزوج في حال الحمل من غيره فما الفرق؟ قلنا: اختلف أصحابنا في الجواب عنه، فمنهم من قال: المغلب في عدة المطلقة الاستبراء من ماء الأول في حال اشتغال رحمها بماء غيره بخلاف عدة الوفاة، فإن المغلب فيها التعبد فلم يمنع الحمل من زنى الاحتساب بالأشهر التي تمر بها من عدتها، وعلى هذا إذا وجبت عليها عدة الوفاة فتزوجت في العدة ووطئها الثاني وحملت منه تكون العدة من الثاني بالحمل وتحتسب بالأشهر من الأول. وبه قال أبو إسحاق.

ومن أصحابنا من قال: تأويل المسألة أن الحمل كان من زنى فلم يمنع انقضاء العدة من الصبي بالأشهر، وعلى هذا لو زنت في عدة الطلاق فحبلت لم يمنع ذلك انقضاء العدة (ق٥٥ب) بالأقراء، ولو تزوجت في حال عدتها من موت الصبي أو وطئت بالشبهة فحبلت لم يتداخلا ويلزمها أن تعتد من الواطىء، ثم ترجع إلى عدة الأول فتلك أربعة أشهر وعشر كما قلنا في عدة الطلاق، ولا فرق بينهما، وهو اختيار أبي حامد.

فإن قيل: إذا ولدت الملاعنة انقضت عدتها، وإن كان الولد منفياً عن الزوج فيجب أن تنقضي عدتها بوطئه من الصبي، وإن كان الولد منفياً عنه. قيل: ولد الملاعنة غير منفي عنه قطعاً؛ لأنه لو أقرّ به لحقه وهذا الولد منفي عنه قطعاً ويقيناً فافترقا في حكم العدة.

واعلم أن في لفظ الشافعي إشكالاً وذلك أنه قال: «**وَلَوْ مَاتَ صَبِيٌّ لَا يُجَامِعُ مِثْلُهُ**».

وهذا يوهم أن الاعتبار بفعل الجماع والتمكين منه وليس كذلك؛ لأن الصبي ربما يقوى على الإيلاج وهو ابن ثمان بلا إنزال المني فلا يلحق به النسب ولا تعتد امرأته بالحمل ومراد الشافعي هذا.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِنْ كَانَ خَيْضاً أَوْ مَجْنُوناً بَقِيَ لَهُ شَيْء يَغِيبُ فِي الفَرْجِ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٩).

الفصل:

اختلف أصحابنا في هذه المسألة، فقال الاصطخري وأبو بكر الصيرفي، وأبو عبيد ابن حربويه: امرأة الخصي بمنزلة امرأة الفحل، وإن كان ممسوحاً لأن عدم مائه غير متطوع به، وماء الرجل في أصله فيجوز أن يساحقها وينزل الماء.

وحكي أن أبا عبيد بن خربويه قُلد قضاء مصر فحكم في مثل هذا بلحوق الولد فحمل الصبي على كتفه وطاف به في الأسواق. وقال: انظروا هذا القاضي ألحق أولاد الزنى بالخدم، وقد ذكرنا ما قيل فيه من كتاب اللعان، وقيل: إذا لم يكن له أنثيان لا يلحق (ق٥٦أ) به الولد؛ لأنه لا ينزل إلا من الأنثيين، واختاره جماعة من أصحابنا وقالوا: هذا ظاهر المذهب وهو أولى عندي.

وحكى الداركي عن بعض أصحابنا أنه قال: إن كان ذكره باقياً وخصيته اليمنى منزوعة لم يلحق به الولد وكان بمنزلة الصبي الذي لا ينزل الماء؛ لأن الماء من البيضة اليمنى والشعر من اليسرى.

وحكي أن أبا بكر بن الحداد لم يكن له بيضته اليمنى وكان طويل اللحية ولم يكن ينزل، وهذا لا يصح بل يلحق به الولد وجهاً واحداً إذا بقيت إحداهما سواء كانت يمنى أو يسرى؛ لأنه لا طريق إلى العلم بكيفية ذلك، وهذا قول بعض الأطباء ولا نعول عليه، وقد وجد في القيان ذو خصية واحدة له لحية وأولاد فإن كانت يمنى فقد ولد له وإن كانت يسرى فقد بقيت لحيته فعلم فساد هذا القول.

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِنْ أَرَادَتِ الخُرُوجَ كَانَ لَهُ مَنْعُهَا حَيًّا وَلِوَرَثَتِهِ مَيِّتاً حَتَّى تَنْقَضِي مُدَّتُهَا».

قال أصحابنا: المعتدات أربعة؛ معتدة من طلاق رجعي فلها السكنى والنفقة قولاً واحداً حاملاً كانت أو حائلاً، ومعتدة من طلاق بائن وهي المختلفة ونحوها فلها السكنى قولاً واحداً حاملاً كانت أو حائلاً.

وأما النفقة إن كانت حاملاً لا تجب قولاً واحداً، وإن كانت حاملاً فلها النفقة قولاً واحداً ولمن تكون النفقة؟ فيه قولان:

أحدهما: للحمل.

والثاني: للحامل.

ومطلقة عن طلاق ثلاث وهي المبتوتة فحكمها حكم المعتدة عن طلاق بائن، ومعتدة عن وفاة فلا نفقة لها بحالٍ، وهل لها السكنى قولان: فإذا قلنا لها السكنى فأسكنوها (ق ٥٦ب) أو قلنا لا سكنى لها فتبرعت الورثة فأسكنوها لزمها أن تقعد حيث

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٠).

أسكنوها ولا يجوز لها أن تنتقل لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطّلَاق: ١] ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة وليس لهما أن يتراضيا على ترك هذا السكن؛ لأنه حق اللَّه تعالى بخلاف السكنى في حال النكاح؛ لأن تلك حقّ المرأة فيجوز الرضا بإسقاطه والخصي والفحل في هذا سواء.

ويحتمل أن الشافعي عطف هذا على مسألة الخصي، ويحتمل أنه استأنف المسألة في الأزواج عامة، ومن قال: لا سكنى للمتوفى عنها أَوَّلَ قول الشافعي «**وَلِوَرَثَتِهِ مَيِّتاً**».

على أنه أراد إذا أباتها، ثم مات، فههنا لا تتبدل العدة إلى عدة الوفاة فلا يسقط حق السكنى قولاً واحداً. وعلى هذا إذا لم تتبرع الورثة بالسكنى لم يكن لهم منعها وكان لها أن تسكن حيث شاءت، وإن تبرع الإمام من بيت المال، قال الشافعي: يلزمها أن تسكن، وإذا أوجبنا عليها أن تسكن الموضع الذي أسكنوها فيه لا يجوز لها أن تخرج على ما سنذكره إن شاء اللَّه تعالى.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ طَلَّقَ مَنْ لا تَحِيضُ لِصِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ».

الفصل:

كل من اعتدت بالشهور لصغر أو كبر أو عدة الوفاة، فإن كان أول الهلال ولا يكاد يتصور ذلك نجيز الطلاق، وإنما يتصور في تعليق الطلاق بأن يعلقه في آخر جزء من آخر الشهر فحينئذٍ يكفيها الاعتداد بثلاثة أشهر ما بين الأهلة ناقصاً كان أو كاملاً، وإن كان في أثناء الهلال اعتدت بشهرين بالأهلة تاماً كان أو ناقصاً ويكمل الشهر المنكسر ثلاثين يوماً.

وقال أبو عبد الرحمٰن ابن بنت الشافعي: يلزمها أن تعتد ثلاثة أشهر بالعدد (ق٥٧أ) لأنه إذا حسب الشهر الأول بالعدد كان ابتداء الثاني من بعض الشهر وكان أيضاً بالعدد. وهذا غلط؛ لأن اعتبار الهلال قد تعذر في الشهر الأول ولم يتعذر في الشهر الثاني والثالث، وإذا أمكن ذلك يوجب اعتباره؛ لأن الأصل في العدد الهلال، قال اللَّه تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البَقَـرَة: ١٨٩] وأيضاً فإنّا إذا رأينا الهلال اعتبرناه وإذا غُم علينا اعتبرنا العدد فكذلك ههنا، وقال أبو حنيفة: تعتد بشهرين بالهلال وتحتسب بقية الأول وتعتد من الرابع تمام الأول ناقصاً كان أو تاماً، كأنه بقي عشرة أيام وأهل الهلال بتسع وعشرين يكفيه تسعة عشر يوماً من الشهر الرابع، وهذا أيضاً غلط لما ذكرنا. وقال مالك، والأوزاعي: لا تحتسب بالساعات وإنما تحتسب بأول النهار أو الليل، فإذا طلقها في النهار احتسب أول عدتها من أول الليل، وإذا طلقها في

---

(١) انظر الأم (١٠/٥).

الليل احتسب من أول النهار لأن اعتبار الساعات يشق فسقط اعتباره، وهذا غلط لأنه يمكن اعتبار الساعة التي طلق فيها إما يقيناً أو استظهاراً فلا وجه لما قاله.

وأما قول الشافعي ههنا: «**حَتَّى يَأْتِي عَلَيْهَا تِلْكَ السَّاعَةُ الَّتِي طَلَّقَهَا فِيهَا مِنَ الشَّهْرِ**» **أي حتى يمضي عليها، كما يقال: أتت عليه خمسون سنة، أي انقضت عليه. ولم يرد الشافعي بهذا الدخول من تلك الساعة لأنها لو طعنت من تلك اللحظة اللطيفة لم يحكم بانقضائها حتى تمضي تلك اللحظة اللطيفة ولا يكمل العدد إلا بمضيها.**

فرع:

لو ولدت ولم تر حيضاً قبله ولا نفاساً بعده، ثم طلقت ففي عدتها وجهان (ق٥٧ب) قال أبو حامد: تعتد بالشهور لأنها لم تحض وولادتها كالبلوغ بالسن.

الثاني: يكون كالتي ارتفع حيضها قبل الإياس بغير علة ففيما تعتد به ثلاثة أقاويل قد ذكرناها.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «**وَلَوْ حَاضَتْ الصَّغِيرَةُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الثَّلاَثَةِ أَشْهُرٍ**».

الفصل:

الصغيرة إذا شرعت في العدة بالشهور، ثم رأت الدم، فإن رأته بعد انقضاء الأشهر الثلاثة لا يؤثر؛ لأنه قد حكم بانقضاء عدتها بالشهور وسقط خطاب العدة عنها، وإن رأته قبل انقضاء الشهور تنتقل إلى الاعتداد بالأقراء، وإن كانت قبل انقضائها بلحظة؛ لأنها صارت قبل تمام عدتها من ذوات الأقراء فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] وهل تعتد بما مضى قرءاً؟

قال ابن سريج: تعتد به قرءاً؛ لأن القرء هو الانتقال من طهر إلى حيض، وقد وجد ذلك. قال: ومعنى قول الشافعي: «**وَاسْتَقْبَلَتِ الأَقْرَاءِ**» أي تنتقل إلى عدة الأقراء، وقال سائر أصحابنا: تستأنف ثلاثة أقراء لظاهر كلام الشافعي «**وَاسْتَقْبَلَتِ الأَقْرَاءِ**» ولم يقل واستقبلت القرءين فألزمها ثلاثة أقراءٍ، ولا تحتسب بما مضى قرءاً؛ لأن القرء اسم للطهر بين الحيضتين لا الطهر المجرد، وكان أبو إسحاق يطلق في المسألة قولين فيحتمل أن يكون عبر عن هذين الوجهين القولين ويحتمل أنه عرف منصوصاً آخر للشافعي، والأول اختيار أبي حامد والقاضي الطبري وجماعة.

فرع:

لو اعتدت بقرء أو قرءين، ثم صارت آيسة تستأنف ثلاثة أشهر ولا تحتسب بما

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٠).

مضى شهراً لا يختلف أصحابنا فيه، ومن نص قول ابن سريج في المسألة السابقة فرق بينهما بأنه إذا مضى شهر قبل الإياس (ق٥٨أ) لو حسبناه من العدة شهراً آذن إلى سقوط العدة؛ لأنه إذا مضت ثلاثة أشهر لزمنا أن نحكم بانقضاء عدتها وذلك لا يجوز، فأمرناها أن تستقبل ثلاثة أشهر، وههنا إذا حسبنا بما مضى قرءاً لم يؤد إلى إسقاط العدة عنها، فإنه انتقال واحد لا يزيد عليه فلا يؤدي إلى الحكم بانقضاء عدتها، وهذا أصح الفروق.

وقال الماسرجسي: الفرق أن على صاحبة الأقراء قد مضت شهور ولا حكم لها في العدة، فلما لم يجعل لها حكماً قبل الإياس، فإذا أيست لم يجعل لها حكماً أيضاً لأنه يؤدي إلى نقض ما حكمنا به.

أما الصغيرة فما مضى عليها من الشهور كان له حكم وكان محسوباً من عدتها لولا ما عرض لها من الحيض، وإذا كان لها حكم قبل ذلك لم نبطله برؤية الدم وجعلناه قرءاً صحيحاً. وقال ابن أبي هريرة: الفرق أن الأقراء لا تستغني عن الشهور والشهور تستغني عن الأقراء؛ لأنه يمضي بها شهور لا ترى فيها دماً، فإذا كان كذلك تثبتت الأقراء على الشهور، ولم تبن الشهور على الأقراء.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَأَعْجَبُ مَنْ سَمِعْتُ مِنَ النِّسَاءِ يَحِضْنَ نِسَاءُ تُهَامَةَ يَحِضْنَ لِتِسْعِ سِنِينَ».

قد ذكرنا هذا في «كتاب الحيض» ومقصوده ههنا أنها إذا ادعت أنها رأت دم الحيض قبل أن تبلغ تسع سنين لم يقبل منها، وإن لم يكن حيضاً وكانت عدتها بالأشهر، وهذا لأنه لم يوجد حيض مستقيم من النساء لأقل من ذلك.

قال الشافعي: **«وَأُحِبُّ أَنْ تَأْتِي هَهُنَا ثَلَاثُ حِيَضٍ» أي بأقصى الأمرين احتياطاً وإلا فالواجب الشهور، وإن ادعت الحيض (ق٥٨ب) لتسع سنين قُبل منها وكانت عدتها بالأقراء، ثم قال الشافعي: «وَلَوْ بَلَغَتْ عِشْرِينَ سَنَةً وَلَمْ تَحِضْ قَطُّ اعْتَدَّتْ بِالشُّهُورِ» وقد ذكرنا هذا.**

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَلَوْ طَرَحَتْ مَا تَعْلَمُ أَنَّهُ وَلَدُ مُضْغَةٍ أَوْ غَيْرِهَا حَلَّتْ».

قرىء: خلت بالخاء والتخفيف ومعناه خلت من عدتها وقرىء: حلت وهو المشهور ومعناه: حلت للأزواج، والكلام فيه في أربعة فصول؛ في انقضاء العدة، وحرمة الولادة التي تصير الأمة أم ولدٍ، والغُرَّةُ، والكفارة، فإذا طرحت شيئاً ففيه أربع مسائل:

إحداها: أن نبين فيه خلق الآدمي من التخطيط والتصوير فتنقضي به العدة وتصير أم

(١) انظر الأم (٥/ ١٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ١١).

ولد، وتجب الغرة على الحافي بإسقاطه ويلزمها الكفارة أيضاً.

والثانية: أن لا يتبين فيه التصوير ولكن قالت القوابل: إن في ذلك خلقة الآدمي من الخطوط والتصوير للدقيقة التي يعرفها أهل البصر فيعمل على قولهن والأحكام تتعلق به على ما ذكرنا.

وقيل: هذه المسألة حدثت على عهد الاصطخري فقال: لهن ما أراه إلا مخططاً فدعت القوابل الماء الحار وغسلنه فظهر تصويره.

وقال المزني: قال في كتابين: لا يكون به أم ولدٍ حتى يتبين فيه خلق الإنسان شيء، وهذا أقيس عندي. فأوهم أن المسألة على قولين، والصحيح أنها ليست على قولين، وإذا شهدت أن الخلقة خلقة ولد ثبتت هذه الأحكام والعلم لهن يحصل من جهتين:

إحداهما: أن يشاهدن تخطيط حاجب أو تحديق عين أو خلقة ظفر.

والثانية: أن يشاهدن (ق٥٩أ) في تلك الخلقة شيئاً من العروق والأعصاب الدالة على أنه لحم ولد.

وفي «كتاب أمهات الأولاد» نص على أظهر الحالتين ولم يرد أن خلقة العين والظفر شرط، ألا ترى أنه قال في سياق كلامه، وإن لم يتبين فيه خلق آدمي سألنا عدولاً من النساء، فإن زعمن أن هذا لا يكون إلا من خلق آدمي لا تكون به أم ولد، وإن شككن لم تكن به أم ولد، فعرفنا أنه اعتبر العلم لا الصورة.

والثالثة: أن تقول القوابل: لا ندري هل هو ابتداء خلقة بشر أو غيره، ويجوز أن يكون ابتداء خلقة بشر فلا يتعلق به شيء من الأحكام.

والرابعة: أن لا يتبين فيه الخلقة أصلاً ولكن قال النساء العدول: هذا لا يكون إلا لخلقة الآدمي. نص الشافعي على أن العدة تنقضي به في القديم والجديد.

وقال في «عتق أمهات الأولاد»: إذا طرحت ما فيه تصوير عين أو إصبع أو ظفر فهي أم ولدٍ. وقال في موضع: لا تصير أم ولدٍ حتى يتبين فيه من خلق الآدمي.

وقال في «الجنايات»: لا تجب فيه الغرة إذا لم تتبين فيه الخلقة.

واختلف أصحابنا في المسألة على ثلاثة طرق:

إحداها: المسألة على قول واحد إنه يتعلق به جميع الأحكام، والذي قال في «أمهات الأولاد» في الوقت الذي كان لا يعلم أنه مبتدأ خلق الآدمي، فلما علمه قال: «تصير أم ولده» وهو كما توقف في أخذ الجزية من الصابئة والسامرة حين لم يعرف أصل دينهم، فلما عرف قطع بأخذ الجزية منهم.

والثانية: المسائل كلها على قولين على سبيل النقل والتخريج.

والثالثة: المسائل على طاهر فالعدة تنقضي به (ق٥٩ب) لأنها تنقضي بالدم الجاري

فلأن تنقضي بهذا أولى، ولا تصير أم ولده لأنها إنما تصير أم ولده بثبوت الحرية في الولد ولم تثبت الحرية ههنا والغرة تجب للإنسان واسم الإنسان لا يقع عليه.

ومن أصحابنا من زاد طريقة رابعة، وقال قول واحد: إنه لا يتعلق به شيء من الأحكام. وأراد بما نص في العدة إذا كانت فيها تصوير دقيقة.

واعلم أن الشافعي قال ههنا: «**مَا تَعْلَمُ أَنَّهُ وَلَدُ مُضْغَةٍ أَو غَيْرِهَا**» وهذا يوهم أن ما دون المضغة كالمضغة في العلم بكونه ولداً وليس كذلك لأن ما دون المضغة نطفة أو علقة، وإذا طرحت ذلك لا يتعلق به الحكم، وأراد الشافعي بقوله أو غيرها ما كان فوق المضغة لا ما دونها.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ كَانَتْ تَحِيضُ عَلَى الحَمْلِ تَرَكَتِ الصَّلاَةَ وَاجْتَنَبَهَا زَوْجُهَا».

الفصل:

اختلف قول الشافعي في الحامل هل تحيض أم لا؟ فقال في الجديد: تحيض وهو الأصح، وبه قال مالك، والدليل عليه ما روي أن رجلين تنازعا مولوداً فترافعا إلى عمر رضي اللَّه عنه فدعا القافة فألحقوه بهما فدعا نسوة من قريش فسألهن عن ذلك فقلن: إنها حملت من الأول، ثم حاضت على الحمل فاستحشف الولد ثم أصابها الثاني فانتعش الولد من ماء الثاني، فأخذ الشبهة منهما، فقال عمر: اللَّه أكبر وألحق الولد بالأول ولم ينكر عليهن قولهن حاضت على الحمل، وقالت عائشة رضي اللَّه عنها: كنت قاعدة أغزل وكان رسول اللَّه ﷺ: يخصف نعله، فنظرت إلى رسول اللَّه ﷺ فجعل جبينه يعرق وجعل عرقه يتولد نوراً فبهت، فنظر إليَّ رسول اللَّه (ق٦٠أ) ﷺ فقال: «ما لك يا عائشة» فقلت: يا رسول اللَّه نظرت إليك فجعل جبينك يعرق وجعل عرقك يتولد نوراً، ولو رآك أبو كثير الهذلي لعلم أنك أحق بشعره، قال: «وما يقول أبو كبير» قلت: يقول:

وَمُبَرَّأً مِنْ كُلِّ غُبَّرِ حَيْضَةٍ ... وَفَسَادِ مُرْضِعَةٍ وَدَاءٍ مُعَضَّلِ
وَإِذَا نَظَرْتَ إِلَى أَسِرَّةِ وَجْهِهِ ... بَرِقَتْ كَبَرْقِ العَارِضِ المُتَهَلِّلِ(٢)

فوضع رسول اللَّه ﷺ ما كان في يده وقام إليَّ وقبل عيني، ثم قال: «يا عائشة ما سررت مني كثير» وروي «منك»(٣) وروي عن عائشة رضي اللَّه عنها أنها سئلت عن الحائل

---

(١) انظر الأم (٥/ ١١).

(٢) البيتان من الكامل، وهما لأبي كبير الهذلي في شرح أشعار الهذليين (ص١٠٧٣، ١٠٧٤)، لسان العرب (٥/ ٣ ـ غبر)، جمهرة اللغة (ص٣٢٠)، تاج العروس (١٣/ ١٨٧ ـ غبر، (١٨/ ٣٨٦ ـ عرض)، وبلا نسبة في ديوان الأدب (١/ ٣٢٤)، جمهرة اللغة (ص١١٦٥)، المخصص (١/ ٨٩).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٢٧)، والخطيب في «تاريخه» (١٣/ ٢٥٣).

ترى الدم فقالت: «لا تصلي»[١]. ومثله عن أنس بن مالك[٢]، فإن قيل: روي عن عطاء أنها قالت: الحبلى لا تحيض، فإذا رأت الدم صلت[٣]. قيل: أنكر يحيى القطان هذه الرواية وضعفها.

وقال إسحاق الحنظلي قال لي أحمد بن حنبل: ما نقول في الحائل ترى الدم فقلت: تصلي، واحتججت بخبر عطاء عن عائشة رضي اللَّه عنها، فقال أحمد أين أنت من خبر المدنيين عن عائشة رضي اللَّه عنها[٤]، فإنه أصح. وهو ما ذكرنا عنها رواية أم علقمة مولاة عائشة عنها. قال إسحاق: فرجعت إلى قول أحمد ويحتمل أن عائشة كانت ترى أن لا تحيض في الأول، ثم رجعت عن ذلك على ما روينا.

وقال في القديم: إنها لا تحيض فإذا رأت الدم كان دم فساد، وبه قال أبو حنيفة: واحتج بأن الحيض جعلت دليلاً على براءة الرحم، فلو كانت تحيض على الحمل بطلت الدلالة على ذلك قلنا: إنما جعلت دليلاً ظاهراً على الغالب، ويجوز أن تحيض مع هذا كما أن الغالب في مدة الرضاع عدم الحيض، ثم إذا وجد حكم بكونه حيضاً.

فرع:

إذا قلنا إنها لا تحيض ففي أول زمانه وجهان:

أحدهما: من وقت العلوق (ق٦٠ب) فإن تركت الصلاة عند رؤية الدم لخفاء أمارة الحمل قضت.

والثاني: من وقت حركة الحمل التي تحتاج فيها إلى الاعتداد بدم الحيض فما كان ثخيناً محتدماً فهو حيض، وإن كان رقيقاً أصفر فيه وجهان، لأن الحيض في الحمل غير معتاد والصفرة والكدرة في غير أيام العادة هل يكون حيضاً أم لا فيه وجهان:

فرع آخر:

إذا قلنا تحيض فحكمها حكم الحيض إلا في انقضاء العدة؛ لأنَّا نعرف اشتغال رحمها بالولد فعدتها بوضع الحمل.

وقال القفال: فائدته تظهر في العدة أيضاً إذا تزوج بحامل من زنى، ثم وطئها ثم طلقها هل تنقضي بعدة هذا الواطىء بتكرر الأطهار والدماء في حاله هذا الحمل قولان وهذا غريب.

فرع آخر:

لو انقطع دم حيضها ثم وضعت نُظر، فإن كان بين انقطاعه وبين الوضع أقل من أول

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، وفي «معرفة السنن» (٤٦٣١).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٣١). (٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٣٣).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٣٦)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٣٩).

الطهر فيه وجهان:

أحدهما: دم فساد ولا يكون حيضاً؛ لأنه لا يجوز أن يكون بين الدمين أقل من خمسة عشر يوماً طهراً.

والثاني: وهو الأصح أنه حيض صحيح؛ لأنّا نعتبر أقل الطهر بين الحيضتين: فأما بين حيض ووضع ونفاس عقيبه فلا يمنع أن يكون بينهما أقل من أقل الطهر، وإن كان بين انقطاعه وبين الوضع أقل الطهر فصاعداً كان حيضاً بلا إشكال.

فرع آخر:

قال بعض أصحابنا: إذا قلنا: لا تحيض فدمها دم استحاضة، وهل تغتسل لكل صلاة احتياطاً أو تتوضأ؟ فيه وجهان، وهذا غريب بعيد.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَا تُنْكَحُ المُرْتَابَةُ وَإِنْ أَوْفَتْ عِدَّتَهَا لأَنَّهَا لَا تَدْرِي مَا عِدَّتُهَا، فَإِنْ نُكِحَتْ لَمْ أَفْسَخْ».

إذا اعتدت المرأة بالأقراء، ثم ارتابت والريبة أن يظهر بها (ق٦١أ) أمارات الحمل وهو كبر البطن والثقل والحركة، فإنها تتوقف عن النكاح، فإن خالفت ونكحت قال الشافعي ههنا: «**لَمْ أَفْسَخْ نِكَاحِهَا**» فإن بانت حائلاً فالنكاح لحاله، وإن بانت حاملاً فالنكاح باطل. وكذا في «الأم»، وقالت في موضع آخر: «فإن نكحت فالنكاح باطل» ولا يختلف أصحابنا أنها ليست على قولين، وإنما هي على اختلاف حالين واختلفوا في ذلك على ثلاثة طرق:

أحدها: قال ابن خيران، والأصطخري، وأبو إسحاق: معنى ما نقله المزني إذا عرضت الريبة بعد انقضاء عدتها فيستحب لها أن لا تتزوج، فإن تزوجت فقد أساءت والنكاح صحيح، وتستحب لزوجها أن يترك وطئها ولا يجب عليها ذلك ونظر فيه، فإن وضعت لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح كان باطلاً وتبيَّنا أن عدتها كانت بالحمل دون الأقراء، فإن مضت ستة أشهر ولم تضع ثبت النكاح وما تلده بعد ذلك من الأولاد يكون ملحقاً بالثاني، والذي قال النكاح باطل أراد إذا عرضت الريبة في حال العدة فلا يحكم بانقضاء عدتها؛ لأنها لا تدري هل عدتها بالحمل أو بالأقراء، فإذا نكحت كان باطلاً. والفرق أن الريبة إذا حدثت بعد انقضاء العدة فقد حكم بانقضائها فلا يؤثر ما يطرأ من الشك في النكاح المعقود، وإذا حدثت في العدة فلم نحكم بانقضاء العدة فأثر ومنع النكاح، وهذا كما لو تغير حال الشهود بعد الحكم لا يضر الحكم على الريبة، فإذا

---

(١) انظر الأم (٥/ ١١).

نكحت على الريبة فالنكاح باطل؛ لأنها لا تدري أن عدتها كانت بالأقراء فتكون قد حلت للأزواج، أو بالحمل فلم تحل وهي محرمة بيقين فلا تحل إلا بيقين. قال: ولا يجوز (ق٦١ب) أن يكون العقد في الابتداء موقوفاً ويجوز أن يطرأ ما يوقف به، ألا ترى أنه لو تزوج معتدة أو محرمة فإنه لا يجوز ولو تزوج ثم طرأت العدة أو الإحرام جاز النكاح.

قال الماسرجسي: وهذا أصح فاحفظوه، فإن في سواد المزني خللاً، وقال غيره: هذا ضعيف؛ لأنه مخالف النص ههنا حيث قال: «**وَلَا تُنْكَحُ الْمُرْتَابَةُ، فَإِنْ نُكِحَتْ لَمْ أَفْسَخْ**».

فدل على أنها مرتابة عند عقد النكاح. وقال أيضاً: «**فَإِنْ بَرِئَتْ مِنَ الحَمْلِ، فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ، وَقَدْ أَسَاءَتْ**» **فلو كان النكاح قبل الريبة لم تكن مسيئة.**

وقال بعض أصحابنا وهي الطريقة الثالثة: الذي قال: النكاح باطل إذا وضعت حملاً لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح، والذي لا أفسخ إذا انقضت العدة من غير ريبة ثم ارتابت وتزوجت ووضعت لستة أشهر فأكثر من حين النكاح؛ لأنَّا لا نتحقق أنها كانت حاملاً حال عقد النكاح، وهذا أيضاً ضعيف لأنه قال: «فإن نكحت فالنكاح باطل» ولم يوقف على وضع الحمل، فإذا ثبت ما ذكرنا حصل ههنا ثلاث مسائل:

إحداها: إذا ارتابت قبل انقضاء العدة، ثم انقضت ونكحت فالنكاح باطل بلا خلاف.

والثانية: إذا انقضت العدة من غير ريبة، ثم ارتابت، ثم تزوجت، قال ابن سريج: النكاح باطل، لأنَّا لو صححنا لوقع النكاح موقوفاً، ولا يجوز ذلك عند الشافعي والمذهب أنه صحيح؛ لأن العدة انقضت من غير ريبة وحكم بانقضائها حتى أبحنا النكاح وأسقطنا النفقة والسكنى فلا يبطل هذا الحكم بالشك، وقيل: فيه قولان، قال القفال: وهما كالقولين فيمن شك في وفاة أبيه الغائب فباع ماله، ثم بان أنه كان مات وورثه هو (ق٦٢أ) هل يجوز البيع؟ قولان. وكالقولين فيمن فرغ من صلاته، ثم اعترض الشك هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟ قال في «الإملاء»: «صلاته تامة»، وقال في موضع آخر: «إن كان الوقت قريباً بنى على صلاته وسجد للسهو، وإن كان بعيداً استأنف».

ثم قال المزني: جعل الشافعي الحامل تحيض ولم يجعل لحيضها معنى تعتد به، كما تكون التي لم تحيض تعتد بالشهور، فإذا حدث الحيض كانت العدة بالحيض والشهور، كما كانت تمر عليها وليست بعدة كذلك الحيض يمر عليها وليست بعدة، وليس كل حيض عدة كما ليس كل شهور عدة، وقصد المزني بهذا الكلام نصرة قول الشافعي أن الحامل تحيض وجواب سؤال لأبي حنيفة وهو أنه قال: لو كانت حيضاً لانقضت عدتها بثلاثة منها فأجابهم بأن العدة إنما تنقضي بما وصفها اللّٰه عز وجل، فعدة الحامل بالحمل والدماء تمرّ عليها ولا تحسب كالشهور تمرّ عليها ولا تحسب، وعدة الوفاة بالشهور

والدماء تمرّ عليها ولا تحسب كذلك ههنا.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ كَانَتْ حَامِلاً بِوَلَدَيْن فَوَضَعَتْ الأَوَّلَ فَلَهُ الرَّجْعَةُ».

إذا كانت حاملاً فطلقها زوجها فعدتها أن تضع حملها، فإن كانت حاملاً بولدين توأمين لا تنقضي عدتها حتى تضعهما معاً، فإن وضعت أحدهما فهي في عدتها وله مراجعتها، فإن وضعت الثاني بانت وانقطعت الرجعة، وبه قال كافة العلماء، وقال عكرمة: تنقضي عدتها بوضع الولد الأول، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطّلَاق: ٤] وهذه لم تضع جميع حملها ولأن العدة تراد لبراءة الرحم (ق٦٢ب) وهي لا تحصل إلا بوضع جميع الحمل.

وقال عبد اللَّه بن مسعود رضي اللَّه عنه: أجل كل حامل أن تضع ما في بطنها.

وروي عن علي[٢]، وابن عباس[٣] رضي اللَّه عنهم أنهما قالا في التي في بطنها ولدان تضع واحداً ويبقى الآخر: هو أحق برجعتها ما لم تضع الآخر، وبه قال عطاء[٤]، والشعبي[٥] أورده الإمام البيهقي رحمه اللَّه.

مسألة:

قَالَ[٦]: «وَلَوْ ارْتَجَعَهَا وَقَدْ خَرَجَ بَعْضُ وَبَقِيَ بَعْضُ وَلَدِهَا كَانَتْ رَجْعَةً».

إذا كان الحمل واحداً فانقضاء العدة بانفصال جميعه، فإن خرج بعضه وبقي البعض وإن كان إصبعاً فهي في العدة وله مراجعتها.

وقال عكرمة: تنقضي عدتها بخروج البعض ولا رجعة. وهذا غلط؛ لأن اللَّه تعالى قال: ﴿أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطّلَاق: ٤] ووضع الحمل بانفصال جميعه، ولأنه لو أعتقت الأمة وخرج بعض ولدها عتق الولد بعتقها، ولو ضرب ضارب بطن امرأة حامل وكان قد خرج بعض الولد فخرج الباقي ميتاً تلزم الغرة، فدل أنه لا حكم له ما لم ينفصل كله.

مسألة:

قَالَ[٧]: «وَلَوْ أَوْقَعَ الطَّلاَقَ فَلَمْ يَدْرِ وِلاَدَتُهَا بَعْدَهُ فَقَالَ: وَقَعَ بَعْدَمَا وَلَدَتْ».

الفصل:

إذا طلق امرأته ووضعت ولداً، ثم اختلفا لا يخلو من ثمانية أحوالٍ:

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٢).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٣٨).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٣٩).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٤١).
(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٣٤٠).
(٦) انظر الأم (٥/ ١٢).
(٧) انظر الأم (٥/ ١٢).

أحدها: أن يتفقا على وقت الولادة أنه في يوم الجمعة، واختلفا في وقت الطلاق فقال الزوج: طلقت يوم السبت، وقال الزوجة: بل طلقت يوم الخميس فالقول قوله مع يمينه، وعليها الاعتداد بالأقراء، وله الرجعة؛ لأن الطلاق من جهته، فكان القول فيه قوله (ق٦٣أ).

والثاني: أن يتفقا على أن الطلاق كان في يوم الجمعة واختلفا في وقت الولادة، فقالت: ولدت يوم السبت، وقال الزوج: بل ولدت يوم الخميس فالقول قولها، وقد انقضت عدتها لأنها أعرف بما حدث منها من الولادة.

والثالث: أن يختلفا في وقت الطلاق، وفي وقت الولادة، فقال الزوج: ولدت يوم الجمعة وطلقت يوم السبت، وقالت الزوجة: بل طلقت يوم الجمعة وولدت يوم السبت يتخالفان والبادىء باليمين أسبقهما بالدعوى، وفي كيفية اليمين وجهان:

أحدهما: يحلف باللَّه ما طلقها إلا بعد ولادتها وتحلف الزوجة باللَّه ما ولدت إلا بعد طلاقه لأن هذا أوجز.

والثاني: يحلفان على صفة الدعوى فتتضمن يمين كل واحد منهما إثبات ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه، فيقول: باللَّه لقد ولدت يوم الجمعة وما طلقتها إلا في يوم السبت، وتقول باللَّه لقد طلقني في يوم الجمعة ولقد ولدت يوم السبت، ولا يحتاج أن يقول: ما ولدت إلا في يوم السبت، وإن احتيج ذلك في الطلاق؛ لأن الولادة لا تتكرر والطلاق قد يتكرر، فإن نكلا يحكم عند نكولهما بقول أسبقهما بالدعوى، فإن كان الزوج حكم له بالرجعة وعليها العدة، وإن كانت الزوجة أسبق بالدعوى حكم لها بانقضاء عدتها، وإن حلف أحدهما دون الآخر حكم للحالف، وإن حلفا فالتحالف وقع على حكمين الرجعة والعدة فأنفهما الزوج لنفسه بيمينه وتنفيها الزوجة عن نفسها بيمينها، فوجب أن يلزم كل واحد منهما أغلظ الأمرين في حقه نفياً للتهمة عنهما، فسقط رجعة الزوج بيمين المرأة لأنه أغلظ الأمرين عليه (ق٦٣ب) وأنفى للتهمة عنه وتجب العدة على الزوجة بيمين الزوج لأنه أغلظ الأمرين عليها وأنفى للتهمة عنها.

والرابع: أن يتفقا على وقت الولادة ويشكا في وقت الطلاق هل تقدمها أو تأخر عنها فيحكم عليها بالعدة وللزوج بالرجعة، لأنَّا على يقين من حدوث الطلاق وفي شك من تقدمه والورع له أن لا يرتجع.

والخامس: أن يتفقا على وقت الطلاق ويُشكا في الولادة هل تقدمت أو تأخرت يحكم لها بانقضاء العدة وسقوط الرجعة، لأنَّا على يقين من حدوث الولادة وفي شك من تقدمها والورع لها أن تعتد.

والسادس: أن يقول: علمت أني طلقتك بعد ولادتك، وقالت الزوجة: لا أعلم، قلنا لها: هذا ليس بجواب، فإن أصرت جعلناها ناكلة والقول قول الزوج بعلمه بما جهلته وعليها العدة وله الرجعة، ولها إحلافه على الرجعة دون العدة فإن لم يرتجعها لا يمين عليه.

والسابع: أن تقول: علمت أني ولدت بعد طلاقك، وقال الزوج: لا أعلم قلنا له: هذا ليس بجواب، فإن أصر جعلناه ناكلاً والقول قولها ولا عدة ولا رجعة، وله إحلافها في سقوط العدة دون الرجعة أنه لا يستبيح الرجعة مع الجهل باستحقاقها.

والثامن: أن يجهلا وقت الطلاق والولادة معاً، قال الشافعي: ولم لم يدر واحد منهما كانت العدة عليها لأنها وجبت فلا يزيلها إلا بيقين، والورع أن لا يرتجعها، وهذا لأن الأصل ثبوت الرجعة فله أن يرتجعها في ظاهر الحكم والورع أن لا يفعل ذلك لجواز أن يكون الطلاق قبل الولادة، ولا يجيء في هذا القسم الإحلاف (ق٦٤أ) لأن الدعوى لا تسمع هكذا، وإن تداعيا مطلقاً، فقال الزوج: لم تنقض عدتك بوضع الحمل فعليك الاعتداد بالأقراء، وقالت: انقضت عدتي بالولادة، فالقول قوله؛ لأن الأصل بقاء العدة.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ طَلَّقَهَا فَلَمْ يَحْدِثْ لَهَا رَجْعَةً وَلَا نِكَاحاً حَتَّى وَلَدَتْ لأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينٍ وأَنْكَرَهُ الزَّوْجُ فَهُوَ مُنْتَفٍ عَنْهُ بِاللِّعَانِ لأَنَّهَا وَلَدَتْهُ بَعْدَ الطَّلاَقِ لَمَّا لَا يَلِدُ لَهُ النِّسَاءُ».

جملة هذه المسألة أن المطلقة إذا ولدت ولداً فإن كان لأربع سنين فما دونها فهو لاحق بالمطلقة ما لم تتزوج، سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً، وسواء اعترفت بانقضاء عدتها أو لم تعرف؛ لأنه يمكن أن يكون بينة منه؛ لأن أكثر مدة الحمل أربع سنين، وإن كان الظاهر يخالفه وهذا كما لو أتت امرأته بولد لستة أشهر من يوم النكاح لحقه للإمكان وإن كان الظاهر يخالفه. وقد ذكرنا ما قيل في أكثر مدة الحمل.

وقال الزهري، وربيعة، والليث: أكثر مدة الحمل سبع سنين، وعن مالك ثلاث روايات:

إحداها: أربع سنين، والثانية: خمس سنين، والثالثة: سبع سنين، فإذا ثبت ما ذكرنا فإنها تكون معتدة به حتى تضعه ويثبت للزوج عليها الرجعة، وإن كان الطلاق رجعياً وتستحق السكنى والنفقة حتى تضع، وإن كان لأكثر من أربع سنين نُظر، فإن كان الطلاق بائناً لم يلحقه الولد وكان منفياً عنه بلا لعان.

ونقل المزني: فهو منفي عنه باللعان، ثم اعترض عليه قال: إذا كان الولد عنده لا يمكن أن تلده منه فلا معنى للعان. ويشبه أن يكون هذا غلطاً (ق٦٤ب) من غير الشافعي، ثم قال الشافعي في موضع آخر: لو قال لها: كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين بينهما سنة طلقت بالأول وحلت للأزواج بالآخر، ولم يلحق به الآخر لأن الطلاق وقع

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٢، ١٣).

بولادتها ثم لم يحدث لها نكاحاً ولا رجعة، ولم تقرّ به فيلزمه إقراره فكان الولد منفياً عنه بلا لعان، وغير ممكن أن يكون في الظاهر منه. قال المزني: فوضعها لما لا تلد له النساء من ذلك أبعد، وبأن لا يحتاج إلى لعان به أحق. والجواب: أن الشافعي ذكر هذه المسألة في الأم[1] وقال: إذا ولدته لأكثر من أربع سنين فهو منفي عنه بلا لعان. فهذا الغلط إما أن يكون من الكاتب أو من المزني في نسخته، وتعليل الشافعي يدل على هذا لأنه قال: لأنها وارثة لما لا تلد له النساء. فتأمل هذا ويحتمل أنه التزق اللام من لا بلام اللعان، فقدر أنه باللعان.

وأما مسألة الولدين فعلى ما ذكره ونقله، وقد ذكرنا فيما قبل أن في مسألة الولدين لا يلحق به الثاني وإن كان لأقل من أربع سنين؛ لأنهما ليسا بحمل واحد، ولم تكن بعد ولادة الأول فراشاً حتى يتوهم العلوق بالولد الثاني منه فنفيناه عنه، كما لو جاءت به لأكثر من أربع سنين في غير هذا الموضع، وإن كان الطلاق رجعياً فهل يلحق به الولد الثاني وهو إذا أتت به لدون ستة أشهر من ولادة الأول، إذا قلنا لا يلحقه، وهو فيما نقله المزني تنقضي عدتها بوضع هذا الولد الثاني؛ لأن هذا الولد يمكن أن يكون منه بوجه أشبهه أو تجريد نكاح (ق٦٥أ) فانقضت به العدة، وإن نفينا عنه في الظاهر، ألا ترى أنه لو اعترف بما ذكرنا لحق به الولد، وهو كما نقول في الملاعنة تنقضي عدتها بوضع الحمل، وإن كان منفياً عنه باللعان لإمكان أن يكون منه، فإنه لو اعترف به يلحقه، وكذلك في المسألة السابقة إذا أتت به لأكثر من أربع سنين وكانت اعتدت بالشهور أو الأقراء، وقلنا: يلحقه تنقضي عدتها بهذه الولادة.

ومن أصحابنا من اعتبر دعواها سبباً يلحق به الولد، فإن لم تدع ذلك لا تنقضي عدتها؛ لأن المشاهدة توجب خلاف ذلك، وما انتفى عنه لعدم الإمكان لا تنقضي به العدة، كزوجة الصغير إذا ولدت لا تنقضي عدتها به، وفي ولد الملاعنة لم يحكم بانقضاء عدتها بغيره فجاز أن تنقضي عدتها به، وههنا بخلافه؛ لأن ذلك يمكن أن يكون منه بالنسب المتقدم بخلاف هذا، وهذا اختيار جماعة من أصحابنا، وإن تزوجت في عدتها بزوج آخر فحبلت منه ووضعته لا تنقضي عدتها بوضعه من الأول، وإن أمكن أن يكون منه؛ لأن هذا الولد ألحقناه بالثاني وجعلنا العدة من الثاني، ولا يجوز أن تداخل العدتين عندنا وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الولد غير ملحق بغيره ولا يتعلق به انقضاء العدة من غيره فافترقا، وإن كان الطلاق رجعياً في مسألة الكتاب فيه قولان:

أحدهما: أنها بمنزلة الثانية؛ لأن الرجعية محرمة عندنا تحريم المبتوتة.

والثاني: أن ولدها يلحقه وإن ولدت لأكثر من أربع سنين وأصل هذا أن الرجعية هل هي فراش أم لا؟ قولان:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٠٢).

أحدهما: أنها فراش لبقاء النكاح بدليل صحة ظهاره وإيلائه منها.

والثاني: أنها لا تكون فراشاً (ق٦٥ب).

فإذا قلنا: إنها فراش فإلى متى يلحقه الولد؟ قال أبو إسحاق: يلحقه أبداً، وقال الماسرجسي: سئل أبو إسحاق عن ولد الرجعية إلى متى يلحقه قال: إلى ثلاثة آلاف سنة، وهذا مبالغة في التأكيد.

ومن أصحابنا من قال: يلحقه إلى أربع سنين من وقت انقضاء عدتها بالأشهر أو بالأقراء؛ لأنها في زمان العدة كالزوجة في الأحكام، وإذا أقرت بانقضاء عدتها انقطع أحكام الزوجية وهذا هو الصحيح، وهو الذي نص عليه الشافعي، واستدل أبو إسحاق على ما قاله بأنها وإن رأت الأقراء يمكن أن تكون في الباطن حائلاً، وقد حاضت على الحمل فيلحقه الولد أبداً، وهذا غلط لأنها تبين بانقضاء عدتها، وبينونة الرجعية بانقضاء العدة لبينونتها بالطلاق الثلاث، فإذا أتت به بعد مضي العدة يعلم أنه يحصل بعد البينونة؛ لأنه لا يمكن حصوله في هذه العدة إذا تحمل لا ينفي حملاً لأكثر من أربع سنين، فعلم أن هذا سهو منه، وإن لم تقر هي بانقضاء العدة فولدها يلحقه، وإن طال الزمان؛ لأن عدة المرأة قد تمتد سنين كثيرة.

قال القفال: ومن أصحابنا من قال: إذا مضت ثلاثة أشهر من يوم الطلاق ثم أتت به لأكثر من أربع سنين لم يلحقه؛ لأن الغالب أن العدة تنقضي في مثل هذا، وهذا ضعيف.

مسألة:

قَالَ(١): «**وَلَوْ ادَّعَتِ المَرْأَةُ أَنَّهُ رَاجَعَهَا فِي العِدَّةِ أَوْ نَكَحَهَا إِنْ كَانَتْ بَائِناً أَوْ أَصَابَهَا وَهِيَ تَرَى أَنَّ لَهُ عَلَيْهَا لَمْ يَلْزَمْهُ الوَلَدُ وَكَانَتْ اليَمِينُ عَلَيْهِ**».

أجاب في هذه المسألة على قوله: أن الرجعية كالبائن في أنها ليست بفراش؛ لأنها على القول الآخر لا تحتاج إلى دعوى الرجعة، بل هي فراش له يلحقه ولدها إلا أن يلاعن، وصورة المسألة (ق٦٦أ) أن تلد بعد الطلاق لوقت لا يلحقه وهو أربع سنين، وتدعي أنه كان قد تزوج بها أو راجعها إن كانت رجعية، فالولد لاحق، ولا يخلو إما إن كانت الدعوى على الزوج أو على غيره، فإن كانت على الزوج لا يخلو إما أن يصدقها أو يكذبها، فإن صدقها فقد أَقَرَّ بوجوب المهر عليه إن كان الطلاق بائناً واستحقاق النفقة والسكنى، وإن كان ذمياً فقد أقر استحقاق النفقة والسكنى وتضمن إقراره هذا ثبوت الفراش، فإن صدقها أنها ولدت ذلك الولد لحقه بالفراش، وإن أنكر وقال: ما ولدتيه بل استعرتيه فعليها البينة على الولادة، ويُقبل رجلان، أو رجل وامرأتان، أو أربع نسوة، فإن

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٤).

لم تقم البينة فالقول قوله، فإن حلف سقطت دعوى الزوجة ولم يلحقه النسب، وإن لم يحلف رددنا اليمين على المرأة فتحلف وتثبت الولادة، ثم النسب يثبت بحكم الفراش، وإن كذبها لا يخلو إما أن يكون معها بينة أو لا بينة معها، فإن كان معها بينة لم تُقبل على الرجعة والنكاح إلا ذكرين، فإذا أقامت هذه البينة تثبت الرجعة والنكاح والحكم على ما ذكرنا، وإن لم يكن معها بينة فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف سقطت دعواها، وإن نكلت رددنا اليمين عليها، فإن حلفت ثبت جميع ما ادعت، وإن لم يحلف هل تؤخر اليمين للولد حتى إذا بلغ حلف، اختلف أصحابنا فيه على ما ذكرنا فيما تقدم، وإن كانت الدعوى على الورثة بعد موت الزوج لا يخلو إما أن يكون وارثاً يسقط بالحجب أو لا يسقط بالحجب، فإن كان لا يسقط بالحجب كالابن نُظر، فإن كان ابناً واحداً فادعت الزوجة عليه ما ادعت على الزوج، فالحكم فيه كما لو كانت الدعوى على الزوج حرفاً بحرف إلا في فصلين: (ق٦٦ب)

أحدهما: أن يمين الابن على العلم ويمين الزوج على البنت؛ لأنه يحلف على فعل نفسه والابن يحلف على نفي فعل الغير.

والثاني: أنه إذا ثبت ههنا النسب لم يكن للابن نفيه باللعان وكان لأبيه نفيه باللعان، وإن كان اثنان أو أكثر فادعت عليها كأن اعترفا معاً، أو أنكرا وحلفا، أو أنكر، أو نكلا عن اليمين فحلفت، أو عترف أحدهما وأنكر الآخر ونكل عن اليمين فحلفت، فالحكم في كلها كما لو كان ابناً واحداً، وإن أنكر أحدهما وحلف واعترف الآخر فالذي أنكر وحلف قد أسقط دعواها في حقه.

وأما الذي اعترف نُظر فإن اعترف بالرجعة تثبت الرجعة ولها النفقة بالحصة من حقه، وإن اعترف بالنكاح ثبت ويثبت المهر بالحصة من حقه، ولم يثبت نسب الولد؛ لأنه لا يثبت باعتراف بعض الورثة وهل يثبت ميراث الزوجة بالحصة من حقه؟ وجهان ذكرناهما في كتاب الإقرار، ولو كان الوارث يسقط بالحجب كالأخ يسقط بالابن فادعت عليه ذلك، فإن اعترف لها بذلك ثبت كل ما ذكرنا لها.

وأما الولد فإنه يثبت نسبه ولا يرث، وقد ذكرناه من قبل، وقال القفال: قال الشافعي في كتاب اللعان: «ولو قال لامرأته استعرت هذا الولد ولم تكون يحلف، فإن نكل حلفت» ولم يقل ههنا إن نكل حلفت.

واختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من سوى بينهما، ومنهم من قال: لا تحلف المرأة ههنا. والفرق أن هناك فراشاً ثابتاً فيحلف على محض فعلها وهو ولادتها إياه، ثم إذا ثبتت الولادة لحقه الولد بالفراش الثابت، كما لو شهد أربع نسوة بالولادة ثبت النسب تبعاً لما شهدت به وإن كانت بشهادتين لا يقبل في النسب فكذلك يمين الرد من هذه، وههنا هي تريد إثبات الفراش الجديد (ق٦٧أ) لأن الأول مرتفع فلا يثبت ذلك بيمينها.

فإن قيل: إذا لم تقبلوا يمين الرد فلم حلفتموه بدعواها؟ قيل: لأنها قيمة ولدها ولها

أن تدعي حقه كما تدعي بنفقته على الزوج وكما يدعي الأب مالاً لابنه الصغير ويحلف الخصم، ولو نكل لا يحلف الأب.

وقال القاضي الطبري: قال أبو إسحاق: إذا نكل بعض الورثة عن اليمين وحلف البعض لا ترد اليمين؛ لأنه لا يجوز أن تبطل بيمينها يمين من حلف من الورثة، والصحيح ما تقدم.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ نَكَحَتْ فِي العِدَّةِ فَأُصِيبَتْ».

الفصل:

جملة هذا أنه إذا طلق زوجه بعد الدخول فعليها العدة ولا يحل لها أن تتزوج قبل انقضاء عدتها، فإن خالفت ونكحت فالنكاح باطل ولا تنقطع عدة الأول ولا تصير فراشاً للثاني، ولا نفقة لها على الأول ولا سكنى إن كان الطلاق رجعياً، ولا سكنى إن كان الطلاق بائناً؛ لأنها قد نشزت، فإن دخل بها الثاني نُظر، فإن كان عالماً بالتحريم وهي عالمة أيضاً فهما زانيان ويلزمهما الحد، ولا تنقطع عدتها بهذا الوطء ولا تصير فراشاً به للثاني؛ لأنه لا حرمة لماء الزاني فوجود هذا الوطء وعدمه في الحكم سواء.

وقال أبو حنيفة: لا يلزم الحد بناءً على أصله أن نفس العقد شبهة في إسقاط الحد، وإن كان جاهلاً بالتحريم قطع هذا الوطء عدة الأول وصارت فراشاً للثاني؛ لأنه وطء شبهة ودعواه الجهل بأنها معتدة يقبل بكل حالٍ، فأما دعواه الجهل بأن النكاح في العدة حرام لا يقبل إلا ممن هو قريب العهد بالإسلام، ولا يجوز أن تعتد عن الأول وهي فراش عن الثاني فهي غير معتدة عن واحد منهما (ق٦٧ب).

وقال أبو حنيفة، وأحمد: لا تنقطع به عدة الأول؛ لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها، كما لو وطئت بشبهةٍ وهي زوجة فإنها تعتد وإن كانت فراشاً للزوج. وهذا غلط؛ لأن العدة تراد للاستبراء وكونها فراشاً ينافي ذلك فوجب أن يقطعها، وأما النكاح لا يمنعها لأنها طرأت عليه، فإذا ثبت هذا يلزم التفريق بينهما، فإذا فرق بينهما أكملت العدة عن الأول واستأنفت العدة من الثاني، فإن كان قد مضى لها قرء من الأول أكملت قرءين، وإن كان قد مضى قرءان أكملت قرءاً آخر، ثم استأنفت العدة عن الثاني ثلاثة أقراء؛ لأن العدتين لا يتداخلان عندنا خلافاً لأبي حنيفة، هذا إذا كانت حائلاً، فإن كانت حاملاً لا يخلو من أربعة أحوال:

أحدها: أن يمكن أن يكون من الأول دون الثاني، بأن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني وإتمام أربع سنين فما دونها من طلاق الأول، فهو من الأول دون الثاني،

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٤).

فتعتد بوضعه من الأول، ثم تعتد من الثاني عدة ثانية بالأقراء أو بالشهور، ولو كانت الولادة مع خاتمة أربع سنين من الأول كان كما لو ولدت قبل تمام أربع سنين وقوله: وتمام أربع سنين إشارة إلى هذا.

والثاني: أن يمكن أن يكون من الثاني دون الأول، بأن أتت به لستة أشهر فصاعداً إلى أربع سنين من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول، فإن كان الطلاق بائناً انتفى عن الأول بلا لعان وكان ملحقاً بالثاني تنقضي عدتها به عنه، فإذا ولدت أكملت عدتها من الأول، وإن كان الطلاق رجعياً فهل يلحق بالأول؟ قولان: فإن قلنا (ق٦٨أ) لا يلحق فحكمه حكم الطلاق البائن إلا في فصلين:

أحدهما: أنها إذا انقضت عدة الثاني بوضعه وشرعت في إكمال العدة من الأول فللأول أن يراجعها في حال عدتها منه قولاً واحداً فإنها في عدة خالصةٍ منه، وإن كانت في زمان النفاس، وهل يلزمه نفقتها مدة النفاس كما يلزمه في القرءين بعده؟ وجهان.

والثاني: أنه إذا أراد أن يراجعها في حال عدتها من الثاني وهو قبل الوضع هل تصح الرجعة؟ وجهان:

أحدهما: لا تصح لأنها محرمة عليه كالمرتدة.

والثاني: وهو الأصح يصح لأنها محرمة لعارض فهو كما لو أحرمت، ويفارق المرتدة لأنها جارية إلى بينونة بخلاف هذه.

وإذا قلنا: يلحقه فقد أمكن أن يكون من كل واحد منهما، وحكمه حكم القسم الثالث، وذلك أن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني، ولأربع سنين فما دونها من طلاق الأول، فيعرض على القائف فأيهما ألحقه لحق، فإن ألحقه بالأول انقضت عدتها به عنه وتستأنف عدة الثاني ثلاثة أقراء بعد النفاس، فإن أراد الثاني أن ينكحها الآن فله ذلك لأنها عدة خالصة منه، والمستحب أن لا ينكحها في هذه العدة حتى تنقضي؛ لأنها تعتد عن ماء فاسد، وكذا لو لم يكن حبل وفرغت من عدة الأول وشرعت في العدة من الثاني فله أن ينكحها، والمستحب أن لا يفعل ذلك. نص عليه في الأم[1]، وإن ألحقه بالثاني انقضت عدتها عنه، ثم أكملت العدة من الأول، وإن لم تكن قافة أو أشكل الأمر على القافة ترك حتى يبلغ فينتسب إلى من يميل طبعه إليه منهما، فإذا ألحقناه بأحدهما بالانتساب ثبت عن الآخر، فإذا وضعت في هذا الموضع خرجت من عدة الحمل (ق٦٨ب) وعليها أن تستأنف العدة بالأقراء فتأتي بثلاثة أقراء عقيب وضعه؛ لأنه إن كان من الثاني فقد أحتاطت، وإن كانت من الأول فقد أوقف عدتها.

والرابع: أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما بأن أتت لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني، ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول، والطلاق بائن أو رجعي، وقلنا إن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٠٣).

المدة هناك من يوم الطلاق فهو منفي بلا لعان، ولا تنقضي عدتها به عن واحد منهما، فإذا وضعت أكملت عدة الأول واستأنفت عدة الثاني هكذا. ذكره جماعة، وقال بعض أصحابنا: هذا يخالف فيما تقدم إذا علق طلاقها بالولادة فولدت ولدين بينهما ستة أشهر ينتفي الثاني عنه وتنقضي به العدة، فينبغي أن تنقضي به العدة ههنا أيضاً.

قال المزني: قد نفاه بلا لعان وهذا والذي قبله سواء، يعني المسألة التي وقع فيها خلل النقل، وقد ذكرنا ذلك الخلل ليس من جهة الشافعي والجواب واحد.

مسألة:

قَالَ(١): «فَإِنْ قِيلَ فَكَيْفَ لَمْ يَنْفِ الوَلَدَ إِذَا أَقَرَّتْ أَمَةٌ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ، ثُمَّ وَلَدتْهُ لأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بَعْدَ إِقْرَارِهَا».

الفصل:

صورة المسألة أن يطلق زوجته فأقرت بانقضاء عدتها، ثم أتت بولد لدون أربع سنين من وقت الطلاق يلحق نسبه بالزوج، وبه قال مالك، وإنما قلنا كذلك لما ذكر الشافعي في جواب السؤال، وهو أنه يمكن أن تحيض وهي حامل فيقر بانقضاء العدة على ظاهر الأمارات بين الدماء والحمل قائم فلا يقطع حكم نسب الولد بإقرارها (ق٦٩أ) بانقضاء عدتها.

وقال أبو حنيفة، وأحمد: إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار بانقضاء العدة لم يلحقه، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت لحقه.

وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: دخلت على ابن سريج فقال: مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة أصح عندي. قال أبو إسحاق: والعجب من أبي حنيفة حيث قال ههنا: ينتفي عنه الولد مع الإمكان الظاهر ههنا وألحق من غير الإمكان في المشرقي إذا تزوج بمغربية وطلقها في مجلس الحكم، وهذا خطأ ظاهر.

واحتج ابن سريج بأن الأمة تصير فراشاً بالوطء كالحرة تصير فراشاً بالعقد، ثم ثبت أنه لو وطء أمته، ثم استبرأها، ثم أتت بولدٍ لستة أشهر أو أكثر لا يلحقه، نص عليه الشافعي فكذلك ههنا لا يلحقه نسبه بعد إقرارها بانقضاء العدة إذا أتت به لستة أشهر فأكثر، قيل: في كلا المسألتين قولان على سبيل النقل والتخريج وهو ضعيف، وقيل: في مسألة الأمة قولان، وفي الحرة قول واحد حكاه صاحب «الإفصاح» وقيل: وهو قول الجمهور: المسألتان على قولٍ واحدٍ، والفرق أن ولد الأمة في الابتداء لا يلحق بالإمكان، وإنما يلحق بالإقرار بالوطء، فإذا استبرأها زال حكم الوطء في الظاهر وبقي

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٤، ١٥).

الإمكان فلا يلحق به، وليس كذلك ولد الحرة لأنه يلحق بالإمكان من غير إقرار بالوطء في الابتداء فكذلك يلحق بعد انقضاء الإقراء، فإن نكحت زوجاً آخر بعد إقرارها بانقضاء العدة، ثم أتت بولدٍ لستة أشهر فالولد يلحق بالثاني بلا إشكال؛ لأنه أقوى سبباً (ق٦٩ب) من الأول.

ثم اعلم أن الشافعي قال ههنا عقيب هذه المسألة: «**وَكَانَ الَّذِي يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ وَلاَ يَمْلِكُهَا فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ لأَنَّ كِلْتَيْهِمَا تَحِلَّانِ بِانْقِضَاءِ العُدَّةَ لِلأَزْوَاجِ**» ومعناه أنهما سواء في مسألة الخلاف لأن العلة التي ذكرناها موجودة فيهما جميعاً.

ثم قال المزني: فقال الشافعي في باب اجتماع العدتين «**وَالقَافَةِ**» **إِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ طَلَّقَهَا الأَوَّلُ، فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ دَعَا لَهُ القَافَةَ، وَإِنْ كَانَ لاَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَهُوَ الثَّانِي**» فجمع بين من لا رجعة له عليها وبين من له الرجعة في باب الدخول بها، يعني في هذا الباب الذي نحن فيه، وفرق بينهما في اجتماع العدتين، ومراد المزني بهذا الكلام بيان كيفية احتساب السنين الأربع، فإذا كانت بائنة فأول السنين الأربع محسوب من وقت الطلاق لا من وقت انقضاء العدة؛ لأنه لو تعمد وطئها في العدة فجاءت بولد كان منفياً عنه وكان زانياً بذلك الوطء وعليه الحد.

فإن قال قائل: أرأيت لو وطئها غالطاً ألسنا نلحق به الولد؟ قلنا: بلى، وكذلك لو وطئها بعد العدة غالطاً فلا اختصاص لزمان العدة بالغلط. فأما إذا كانت رجعية فمن أي وقت يحتسب أول السنين الأربع قولان على ما ذكرنا، والقول الثاني إنها محسوبة من آخر عدتها بالأقراء؛ لأنه لو تعمد وطئها في العدة فأحبلها كان الولد ملحقاً به ولا حدّ، وعلى هذا القول أجاب الشافعي في باب اجتماع العدتين والقافة.

واعلم أن في عبارته لإطلاقه وإيجازه إشكالاً ومعنى قوله: «إن جاءت بولد لأكثر (ق٧٠أ) من أربع سنين من وقت الطلاق الرجعي وأقل من أربع سنين من وقت انقضاء عدتها ولستة أشهر فصاعداً من وقت وطء الثاني دعا له القافة، وإن كان الأول لا يملك الرجعة فولدته لأكثر من أربع سنين من وقت طلاقه ولستة أشهر من وقت وطء الثاني فهو للثاني ولا يحتمل أن يكون للأول هذا معنى كلامه فتأمله.

واعلم أن المزني لما فرغ من حكاية قوله: «**وَكَانَ الَّذِي يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ وَلاَ يَمْلِكُهَا فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ**» عطف عليه فقال: «**وَقَالَ فِي اجْتِمَاعِ العِدَّتَيْنِ**» لا يستوي من يملك الرجعة ومن لا يملك الرجعة، فأشار إلى القولين، فقال المزني: إن كنت ظننت أن القول الثاني وهو قول التسوية هو قوله: «وكان الذي يملك الرجعة ولا يملكها في ذلك سواء» فقد أخطأ ظنك؛ لأن قصد الشافعي من هذه التسوية مسألة الخلاف التي مضت بيننا وبين أبي حنيفة، وهي أنها لو أقرت بثلاثة أقراء ثم ولدت بعد الإقرار ولداً لأكثر من ستة أشهر ألحقناه، والذي لا يملك الرجعة ويملك في ذلك سواء، وإن كنت تريد أن

الشافعي رحمة الله تعالى عليه في هذا الباب الذي نحن فيه يحض على التسوية في اعتبار السنين الأربع من وقت الطلاق في الرجعية والبائنة فقد أصبت، وموضع نصه في أثناء الباب لا في موضع عطفك وهو قوله: وإن طلقها فلم يحدث لها رجعة ولا نكاحاً حتى ولدت لأكثر من أربع سنين فأنكر الزوج فهو منفي عنه والله أعلم.

(ق٧٠ب) باب لا عدة على التي لم يدخل بها زوجها

مسألة:

قَالَ[١]: **قَالَ اللَّهُ تَعَالَى**: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ﴾ **[الأحزاب: ٤٩] قَالَ: وَالمَسِيسُ: الإِصَابَةُ. إذا طلقها قبل الخلوة بها فلا عدة عليها، وإن كان قبل الوطء وبعد الخلوة فقال في الجديد: لا عدة عليها لهذه الآية التي ذكرناها. قال الشافعي: والمسيس الإصابة، والله تعالى يكنى بالمسيس والمماسة عن الوطء في مواضع.**

قال ابن عباس رضي الله عنهما وشريح وغيرهما: لا عدة عليها إلا بالإصابة بعينها لأن الله تعالى قال هكذا، وقال في القديم: فيه قولان:

أحدهما: أن الخلوة توجب العدة وهو قول أبي حنيفة.

والثاني: أن الخلوة دلالة على الوطء وبه قال مالك.

فعلى هذا لو اختلفا في الوطء فالقول قول من يدعي الوطء، فعلى هذا إذا خلا بها، ثم تقارا على أن الوطء لم يكن فليس لها إلا نصف المهر، وهل تجب العدة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تجب كما لا يجب إلا نصف المهر.

والثاني: يجب؛ لأن العدة تتعلق لحق الله تعالى، فإذا تقارا على إسقاطها مع وجود الدلالة على وجوبها لم يسقط، ولو جاءت بشاهد واحد يشهد على إقراره بالوطء وحلفت مع الشاهد أعطيناها الصداق.

مسألة:

قَالَ[٢]: «**فَإِنْ وَلَدَتِ الَّتِي قَالَ لَهَا زَوْجُهَا لَمْ أَدْخُلَ بِهَا لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ مَا تَلِدُ لَهُ النِّسَاءُ مِنْ يَوْمِ عَقَدَ نِكَاحَهُ لَحِقَ نَسَبُهُ وَعَلَيْهِ المَهْرُ**».

الفصل:

قد ذكرنا هذه المسألة في آخر «كتاب الصداق» وإنما يلحق نسبه به (ق٧١أ) لإمكان

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٦).
(٢) انظر الأم (٥/ ١٦).

أن يكون الولد منه وإن لم يكن دخل بها، فإن وطئها دون الفرج فسبق الماء إلى فرجها وقد تحبل البكر على هذا الوجه، أو استدخلت ماؤه فحملت ولا يؤثر ما تقدم من يمينه على أنه لم يدخل بها في هذا الحكم.

وأما المهر هل تكون ولادتها دليلاً على صدقها في الدخول لتكميله لا يخلو إما أن تقر على نسبه أو ينفي اللعان، فإن أقر على نسبه، نقل المزني والربيع أنه يحكم لها بالإصابة وكمال المهر، وقال الربيع: وفيه قول آخر: لا يلزم إلا نصف المهر؛ لأنه يجوز أن تكون علقت من استدخال مائه، فقيل: هذا قاله تخريجاً ولا وجه له؛ لأن ظاهر الحكم محمول على غالب العدة، والغالب من علوق الولد أنه يكون من الوطء دون الاستدخال وقيل: قاله نقلاً؛ لأنه راوي أقاويله ففيه قولان:

وقال أبو إسحاق: هما على حالين، فإن كانت الولادة بعد إنكار الزوج الإصابة قبل اليمين يكمل المهر؛ لأن الحكم لم يتبرم حتى لو مات أو خرس ولا يحسن الإشارة حكم بقولها بالإصابة، وإن كان بعد اليمين وانبرام الحكم فلا يكمل المهر، وإن كان الولد نفاه الأب باللعان.

قال أبو حامد، وجماعة: نفيه باللعان كمحوه لولادته فتصير كأنها لم تأت بولدٍ فلا يكون لها من المهر إلا نصفه، وقال صاحب «الحاوي»[(١)]: هذا لا يصح عندي بل حكم نسبه قد ثبت فثبتت الولادة، وإنما استأنف نفيه بعد لحوقه فلم يجز أن يكون مساوياً لمن لم يلحق نسبه فاقتضى أن يستكمل به فهو على ما ذكرنا.

فإذا قلنا بالمشهور من المذهب لو ادعت الإصابة ولم تحلفه قبل اللعان حلفناه على أنه لم يصبها (ق٧١ب) فإن قيل: يجب أن لا تحلفوه لأنكم حكمتم بعدم الوطء لما لاعنها على نفي الولد قبل اللعان يوجب نفي الولد عنه ولا يوجب عدم الوطء؛ لأنه قد يطأها ولا يحبلها فلا بد من اليمين.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَلَوْ خَلاَ بِهَا فَقَالَ: لَمْ أُصِبْهَا وَقَالَتْ: قَدْ أَصابَنِي وَلاَ وَلَدَ فَهِيَ مُدَّعِيَةٌ وَالقَوْلُ قَوْلُهُ».

الفصل:

هذا فرعه على القول الجديد أنه لا تأثير للخلوة، فإن جاءت بشاهد على إقراره بالوطء قد ذكرنا أنها تحلف مع شاهدها ولا يلزم لها كل المهر؛ لأن المقصود منه المال فقبل فيه شاهد ويمين، وكذلك إن أتت بشاهد على نفس الوطء يحلف معه وأصحابنا قالوا: يجوز النظر إلى ذلك لإقامة الشهادة ولو كان طلقها، ثم ادعى أنه كان أصابها

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢١٤). (٢) انظر الأم (٥/ ١٧).

وأقام شاهداً واحداً لم يحلف معه؛ لأنه تثبت به الرجعة لنفسه وليست بماله.

فإن قيل: أليس المرأة إذا ادعت على الزوج وأقامت شاهداً واحداً لم يحلف معه، وإن كانت تثبت لنفسها. قلنا: إذا ادعت النكاح فإنها تثبت العقد دون المال، ثم يثبت في العقد المال ونفس العقد ليس بمال ولا يقصد منه المال بل يقصد الوصلة والمصاهرة بخلاف ما لو ادعت المهر والنفقة صريحاً.

باب العدة من الموت والطلاق والزوج غائب

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا عَلِمَتِ المَرْأَةُ يَقِينَ مَوْتِ زَوْجِهَا أَوْ طَلاَقَهُ».

الفصل:

متى علمت الزوجة الفرقة بطلاق أو موت فالعدة من حين وقوع الفرقة سواء كان غائباً أو حاضراً، وسواء ثبت ذلك بالبينة أو بالخبر، فإن لم تعلم حتى مضى زمان العدة (ق٧٢أ) فقد قضت ما عليها، وإن لم تمض تمام العدة فعليها إتمام العدة؛ لأن العدة ليس من شرطها القصد والنية؛ ألا ترى أن المجنونة تعتد عن الطلاق والموت، وإن لم تشعر بها، وأيضاً فإنها إذا تركت في عدتها الإحداد فلبست المصبوغات وتطيبت انقضت عدتها وهي عاصية، فإذا لم تعلم ذلك وفعلت ذلك على غير وجه العصيان؛ لأن تنقضي عدتها بذلك أولى وأجرى. وقول الشافعي ههنا[٢]: «**فَإِنْ لَمْ تَعْتَدَّ حَتَّى تَمْضِي العِدَّةُ**» أي لم تقصد الاعتداد لأنها في حالة الجهالة معتدة من طريق الاحتساب وإن لم تكن معتدة بطريق القصد، وبقولنا قال ابن عمر، وابن عباس، وابن مسعود، وابن الزبير، وابن المسيب، وعطاء، والزهري، وعامة الفقهاء رضي اللَّه عنهم. وروي عن علي رضي اللَّه عنه أنه قال «العدة من حين العلم»[٣] وبه قال الحسن، وداود، وقال الإمام البيهقي رحمه اللَّه اختلفت الرواية في ذلك عن علي رضي اللَّه عنه. وقال عمر بن عبد العزيز والشعبي رضي اللَّه عنهما: إن ثبت ذلك بالبينة فمن حين مات، وإن كان ذلك بخبر مخبر فمن حين بلغها، واحتجوا بأن العدة عبادة فاحتاجت إلى القصد، قلنا: لا نسلم أنها عبادة وبيّنا أن القصد منها غير معتبر، وقد قال تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطّلَاق: ٤] فإذا وضعت الحمل قبل العلم يجب أن تكون عدتها منقضية لهذا النص.

وأما في النكاح الفاسد إذا وجد الوطء فالعدة من حين التفريق، إما بتفريق الحكم أو بافتراقهما بالاختيار أو بموت أو بطلاق وهو لا يعلم بفساد النكاح.

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٧). (٢) انظر الأم (٥/ ١٧).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٤٩)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٤٢).

وأما في الوطء بشبهة الظن (ق٧٢ب) فوقت العدة من حين الفراغ من الوطء.

باب عدة الأمة

مسألة:

قَالَ[١]: «فَرَّقَ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَ الأَحْرَارِ أَوْ العَبِيدِ فِي حَدِّ الزِّنَى».

الفصل:

الأمة المزوجة إذا طلقها زوجها، فإن كانت حاملاً فعدتها تنقضي بوضع الحمل، ولا فرق في ذلك بين الحرة والأمة، وإن كانت حائلاً، فإن كانت من ذوات الأقراء، فعدتها بقرءين، وبه قال عمر[٢] وعلي، وابن عمر[٣] رضي اللَّهُ عنهم، وقال داود: عدتها ثلاثة أقراءٍ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقـرَة: ٢٢٨] ولم يفصل، وهذا غلط لما روي عن عمر رضي اللَّه عنه أنه قال بحضرة الصحابة: «ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين، فإن لم تكن تحيض فبشهرين أو شهراً ونصفاً»[٤] والمراد بقوله حيضين أي طهرين ولكن الأطهار لا تتعدد إلا الحيض يعبر بالحيض عنه.

وروى أصحابنا عن ابن عمر رضي اللَّه عنه أن النبي ﷺ قال: تطليق العبد بطلقتين، وتعتد الأمة حيضتين» والمشهور أنه لا يصح مرفوعاً.

واعلم أن الشافعي احتج في أول هذا الباب فذكر بعض ما افترق فيه الحر والعبد وبعض ما استويا فيه، فقال: «**قَدْ فَرَّقَ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَ الأَحْرَارِ وَالعَبِيدِ فِي حَدِّ الزِّنَى**» **ثُمَّ قَالَ**: «**وَذَكَرَ المَوَارِيثَ وَلَمْ يَخْتَلِفْ أَحَدٌ لَقِيتُهُ أَنَّ ذَلِكَ فِي الأَحْرَارِ دُونَ العَبِيدِ وَفَرَضَ اللَّهُ العُدَّةَ بِثَلاَثَةِ أَشْهُرٍ، وَفِي المَوْتِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وعَشراً**» **ثُمَّ قَالَ**: «**وَلَمْ أَعْلَمْ مُخَالِفاً [مِمَّنْ حَفِظْتُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ] فِي أَنَّ عِدَّةَ الأَمَةِ نِصْفُ عِدَّةِ الحُرَّةِ فِيهَا لَهُ نِصْفُ مَعْدُودٍ**» الفصل إلى آخره.

قال أصحابنا: جملة الأحكام (ق٧٣أ) على ثلاثة أضرب:

ضرب يستوي فيه بين الأحرار والعبيد، مثل تحريم الظهار، ومدة الإيلاء، ومدة العنة، والقصاص، والقطع في السرقة؛ لأن شيئاً منها لا يحتمل التبعيض، ولا بدل له يقوم مقامه فسوى بين الأحرار والعبيد فيه، ومن ذلك فرائض الصلوات والصيام.

وضرب خُصَّ به الأحرار مثل الرجم بالزنى فإنه لا يحتمل التبعيض إلا أن له بدلاً

---

(١) انظر الأم (٥/ ١٨).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٥١)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٤٣).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٥٥)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٤٣).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٥٢)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٣٩).

وهو الجلد، فاقتصر في العبيد على بدله وكذلك ما بني على الفضيلة والكمال كالجمعة، والشهادة، والولاية، والميراث لا مدخل للعبيد فيها.

وضرب جُعل العبد فيه على النصف من الحر، وهو حدّ الزنى، والقذف، والشرب، والطلاق، والعدة، إلا أن الطلقة الواحدة والحيضة الواحدة لا يتبعضان فكملتا، وقول الشافعي: «**وَأَمَّا الحَيْضَةُ فَلاَ يُعْرَفُ لَهَا نِصْفٌ**» معناه جعلنا عليها شيء ما على الحرة من الأقراء؛ لأنه لا تنتصف الحيضة ولو تنصفت لألزمناها حيضة ونصفاً، وأقرب الأشياء من النصف إذا لم يسقط من النصف شيء حيضتان، وهذا لأن أقرب القرءين من نصف الثلاثة بزيادة نصف قرء، وقرب القرء الواحد من نصف الثلاثة بنقصان نصف قرء، فالواحد والاثنان سواء في القرب من نصف الثلاثة، ولكن لو صرنا إلى الواحد نقصاً من نصف الثلاثة شيئاً، فكذلك صرنا إلى الاثنين، وقلنا: الاثنان أقرب الأشياء من النصف إذا لم يسقط من النصف شيء، وإن كانت من ذوات الأشهر فيه ثلاثة أقوال: (ق٧٣ب)

أحدها: تعتد بشهرٍ ونصف لأنه ذو عددٍ مبني على الفاضل، ويمكن تنصيفه فينصف كالحد وهو المشهور، وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: تعتد بشهرين كما تعتد بقرءين؛ لأنه بدل كل قرء شهر كما في الصغيرة ثلاثة أشهر بدل ثلاثة أقراء.

والثالث: تعتد بثلاثة أشهر وأشار إليه في «أم الولد» إذا لم يكن ذوات الأقراء، وهذا لأن المقصود العلم ببراءة الرحم وهي أقل مدة يظهر في مثلها الحمل، فما لم يمض ذلك لا تعرف براءة رحمها، وهو اختيار جماعة من أصحابنا، وعن أحمد ثلاث روايات مثل أقوالنا سواء.

وأما قول عمر رضي اللَّه عنه: «فإن لم تحض بشهرين أو شهراً ونصفاً» قيل: هو شك من الراوي. وقيل: هو تعليق القول، وهو دليل على جواز تعليق القولين في المسألة وهذا هو الظاهر؛ لأنه لا يبعد أن يقع الشك للراوي بين شهرين أو شهر أو نصف شهر.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ أُعْتِقَتْ الأَمَةُ قَبْلَ مُضِيِّ العِدَّةِ أَكْمَلَتْ عِدَّةَ حُرَّةٍ».

الفصل:

إذا تزوج بأمة، ثم دخل بها، ثم اجتمع لها العتق والطلاق نُظر، فإن كانت عتقت قبل طلاقه فعدتها عدة الحرة الأصلية؛ لأن العتق وجد وجوب العدة، وإن عتقت بعد أن اعتدت بقرءين لم تكمل ثلاثة أقراء؛ لأن الحرية طرأت بعد انقضاء العدة، وإن أعتقت في

---

(١) انظر الأم (٥/١٩).

أثناء العدة، اختلف قول الشافعي فيه، فقال في «القديم» إن كانت بائناً أكملت عدة أمة، وإن كانت رجعية فيه قولان هل تكمل عدة حرة أو أمة؟

وقال في الجديد: إن كانت رجعية أُكملت عدة حرة، وإن كانت بائناً، قال أصحابنا: يحصل من ذلك ثلاثة أقاويل:

أحدها: تكمل عدة أمة رجعية (ق٧٤أ) كانت أو بائنة، قال مالك: لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يتغير حكمها، كما لو طرأت الحرية بعد وجوب الاستبراء.

والثاني: أنها إن كانت رجعية تكمل عدة حرة، وإن كانت بائناً أكملت عدة أمة.

وبه قال أبو حنيفة، وأحمد؛ لأن الرجعية تعتد عدة الوفاة لو مات، فوجب أن تعتد عدة حرة بخلاف الثاني والثالث أنها تكمل عدة حرة بكل حالٍ رجعية كانت أو بائناً. وهو اختيار المزني؛ لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد في أثناء العدة انتقلت إليه وإن كانت بائناً، كما لو اعتدتِ بالشهور فرأت الدم قبل إتمامها ويفارق الاستبراء؛ لأن الحرية لو قارنت وقت الوجوب لم تكمل، وهو إذا مات السيد فعتقت أم الولد بموته يكفيها استبراء واحد، وهذا اختيار أبي إسحاق وجماعة.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ كَانَتْ تَحتَ عَبْدٍ فَاخْتَارَتْ فِرَاقَهُ كَانَ ذَلِكَ فَسْخاً بِغَيْرِ طَلاَقٍ وَتَكْمُلُ العِدَّةُ مِنَ الطَّلاَقِ الأَوَّلِ».

صورة المسألة أن يطلق العبد زوجته الأمة، ثم أعتقها سيدها وهي في العدة فلها اختيار الفراق في الحال، ولها أن تؤخر الفسخ على ما ذكرنا فيما تقدم، فإن عجلت الفسخ قال أبو إسحاق: تبنى على عدتها قولاً واحداً.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: تبقى.

والثاني: تستأنف العدة وهذا ضعيف. فإذا قلنا: تستأنف استأنفت عدة حرة لأنها وجبت في حال الحرية.

وإذا قلنا: نبني فهل تكمل عدة أمة أو عدة حرة؟ فيه طريقتان:

إحداهما: تكمل عدة حرة قولاً واحداً؛ لأن الفسخ سبب لابتداء العدة، فإذا وجد في حال الحرية أوجب إكمال عدة الحرة، وهو اختيار أبي إسحاق (ق٧٤ب).

والثانية: فيه قولان؛ لأنها مستديمة العدة والفسخ بمنزلة الطلاق البائن. وإن راجعها كان لها أن تختار الفسخ، وإذا اختارت الفسخ فيه طريقان:

أحدهما: أنه كالطلاق، ولو طلق بعد الرجعة هل تستأنف العدة أو تكمل العدة؟

---

(١) انظر الأم (١٩/٥).

قولان كذلك ههنا.

والثانية: أنها تستأنف قولاً واحداً؛ لأنها فسخت النكاح وهي زوجته ومتى استأنفت أكملت العدة، وإذا أكملت فيه طريقان على ما ذكرنا.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا فسخت بالعتق هل يكون فسخها قاطعاً لرجعة الزوج وجهان:

أحدهما: لا تقطع رجعته؛ لأنها من أحكام طلاقه. فعلى هذا إن راجع الزوج وقعت الفرقة بالفسخ دون الطلاق، فيكون ابتداء عدتها من وقت الفسخ وتعتد عدة حرة؛ لأنها بدأت بالعدة وهي حرة، وإن لم يراجع فالفرقة وقعت بالطلاق دون الفسخ فيكون أول عدتها من وقت الطلاق، وقد بدأت وهي أمة، ثم صارت حرة فهل تعتد عدة أمة أو حرة؟ قولان:

والثاني: الفسخ قطع رجعة الزوج عنها لأنها غير مؤثرة في الإباحة، فمنع كما منع من رجعة المرتدة. فعلى هذا هل يغلب في الفرقة حكم الطلاق أو حكم الفسخ وجهان:

أحدهما: يغلب حكم الطلاق لتقدمه [فعلى هذا هل تعتد عدة أمة أو عدة حرة؟ على ما مضى من القولين.

والثاني: يغلب حكم الفسخ لقوته][2] فعلى هذا تعتد عدة حرة قولاً واحداً لأن الفسخ ما وقع إلا بعد الحرية، ولكنها تبني على ما مضى من وقت الطلاق ولا تبتدئها من وقت الفسخ؛ لأن الفسخ قد أبطل الرجعة فلم يجز أن يطول به العدة.

وهذه طريقة حسنة ولو طلقها زوجها، ثم أعتقت في العدة، ثم طلقها ثانياً بعد الحرية هل تبنى على عدتها أم تستأنف؟ طريقان على ما ذكرنا؛ لأن وقوع الطلاق في حال الحرية بمنزلة وقوع الفسخ في حال الحرية لا فرق بينهما.

(ق٧٥أ) مسألة:

قَالَ[3]: «وَلَوْ أَحْدَثَ لَهَا رُجْعَةً، ثُمَّ طَلَّقَهَا وَلَمْ يُصِبْهَا بَنَتْ عَلَى العِدَّةِ الأُولَى».

صورة المسألة أنه طلق امرأته الحرة فمضى لها قرء مثلاً، ثم راجعها زوجها ولم يصبها حتى طلقها، نقل المزني أنها تبني على العدة الأولى؛ لأنها مطلقة لم تمس هكذا علل الشافعي، ومعناه لم تمسس بعد استحداث التمليك، وهذا قوله القديم، وبه قال مالك. قال المزني: هذا غلط بل عدتها من الطلاق الثاني؛ لأنه لما راجعها بطلت عدتها وصارت في معناها المتقدم بالعقد الأول لا بنكاح مستقبل، فهي في معنى من ابتدأ

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٢٦، ٢٢٧).
(٢) ما بين المعقوفتين سقط من المخطوط، واستدرك من الحاوي (١١/ ٢٢٦، ٢٢٧).
(٣) انظر الأم (٥/ ١٩).

طلاقها مدخولاً، وهذا قول الشافعي في الجديد، وقد ذكره الشافعي في باب إفراد الشافعي لهذه المسألة ونص فيه على قولين، وبه قال أبو حنيفة، وهو الأصح لما ذكر المزني من الدليل.

وقال داود: سقطت العدة وحلت للأزواج؛ لأن الطلاق الأول ارتفع بالرجعة فسقطت بقية العدة، ثم طلقها ثانياً من غير إصابة، وهذا خلاف الإجماع ويؤدي إلى اختلاط المياه وفساد الأنساب، وإن نكح المرأة في يوم واحد عشرين زوجاً ولو راجعها، ثم وطئها، ثم طلقها لا يختلف المذهب أنها تستأنف العدة من الطلاق الثاني، ولو خالفها، ثم نكحها، ثم طلقها قبل الدخول بها بنت على عدتها الأولى قولاً واحداً، وبه قال محمد.

وقال أبو حنيفة: تستأنف العدة وتكمل مهرها، وقد مضى هذا فيما قبل وهو غلط ظاهر لأن الخلع يوقع البينونة فلا يمكن ضم الحالة الثانية إلى الأولى لتحلل البينونة بينهما ولا يمكن إيجاب عدة مستأنفة لأنه طلاق قبل الدخول فلم يبق إلا البناء على العدة الأولى (ق٧٥ب) وحكي عن المزني أنه قال: لا يجوز المخالع نكاح المختلعة قبل انقضاء عدتها منه كما لا يجوز لغيره، وهذا خطأ لأنه لا يصان ماءه على مائه ولو طلقها طلقة رجعية، ثم راجعها، ثم خالعها، فإن قلنا: الخلع طلاق هل تستأنف العدة أو تبنى قولان على ما ذكرنا.

وإن قلنا الخلع فسخ فيه طريقان:

أحدهما: أنه كالطلاق أيضاً.

والثانية: أن الفسخ جنس يخالف جنس الطلاق فاقتضى اختلافهما أن لا تبنى عدة أحدهما على الآخر بل تستأنف العدة بعد الخلع قولاً واحداً ولو طلقها طلقة أخرى قبل أن يراجعها فالمذهب أنها تأتي ببقية عدتها ولا تستأنف من الطلاق الثاني قولاً واحداً.

ومن أصحابنا من قال فيه قولان أيضاً.

أحدهما: تستأنف لأن الشافعي لما ذكر الاستئناف في أحد قوليه إذا راجعها، ثم طلقها قال: فمن قال بهذا لزمته أن يقول ارتجع ولم يرتجع سواء، وهذا غلط وليس هذا بتفريع على هذا القول بل تشنيع على من قال بهذا القول، وهو اختيار أبي إسحاق وقال القفال: الصحيح أن في هذه المسألة قولين أيضاً لأن الشافعي قال: فيمن قال لامرأته: كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ثلاثة تطلق ثنتين بالأول وتنقضي عدتها بالثالث.

وقال في الإملاء: طلقت ثلاثاً واستأنفت العدة بالأقراء وهنا لا يخرج إلا على هذا القول وهو أنه متى لحقها طلقة استأنفت العدة فتقع الطلقة الثالثة بين العدتين، وإن لم يكن بينهما زمان يشار إليه كما لو قال: أنت طالق بين الليل والنهار فإذا غربت الشمس أو طلع الفجر طلقت ولا زمان بينهما ليس من أحدهما وهذا اختيار الاصطخري، وابن خيران ولو مات عنها (ق٧٦أ) في خلال عدتها وهي رجعية تستأنف عدة الوفاة قولاً

واحداً وتسقط باقي العدة ولا يجب الإتيان به في عدة الوفاة بلا خلاف.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ كَانَ طَلاَقاً لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ ثُمَّ أُعتِقَتْ».

الفصل:

ذكر ههنا حكم البائنة في عدتها هل تبني على عدة أمة أو تكمل عدة حرة؟ فيه قولان، وقد ذكرنا ذلك واختار أنها تعتد عدة حرة، واحتج الشافعي به لهذا القول، وهو أن المرأة إذا كانت تعتد بالشهور فرأت الأقراء انتقلت إلى الأقراء، وأن المسافر إذا أقام في أثناء صلاته يصلي صلاة مقيم، وهذا الذي ذكره صحيح فلا يحتاج إلى جوابه.

ثُمَّ قَالَ[٢]: هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لاَ يَجُوزَ لِمَنْ دَخَلَ فِي صَوْمِ ظِهَارٍ، ثُمَّ وَجَدَ رَقَبَةً أَنْ يَصُومَ [وَهُوَ مِمَّنْ يَجِدُ وَيُكَفِّرُ بِالصِّيَام] وَلَا لِمَنْ دَخَلَ فِي الصَّلاَةِ بِالتَّيَمُّمِ ثُمَّ يَجِدُ المَاءَ أَنْ يُصَلِّي بِالتَّيَمُّمِ كَمَا قَالَ لاَ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ فِي عِدَّتِهَا مِمَّنْ تَحِيضُ وَتَعْتَدُّ بِالشُّهُورِ» وقد سوى الشافعي في ذلك بين ما دخل فيه المرء وبين ما لم يدخل فيه، فجعل المستقبل فيه كالمستدبر، يعني أنه جعله كالمسافر الذي نوى المقام في خلال صلاته أن يجعله كمن وجد الماء قبل الشروع في صلاته، ويلزمه أن يقول فيمن صام بعض الأيام عن الظهار، ثم وجد الرقبة أن ينتقل إلى الرقبة كمن وجد الرقبة قبل الشروع في الصيام. والجواب أن المسافر إذا نوى المقام في خلال صلاته فأمرناه بالإتمام لم تبطل عليه ما مضى من صلاته، ولو كلفنا المقيم الماء والظاهر العتق أبطلنا على كل واحد منهما ما مضى من العبادتين، فلا تصح هذه الموازنة والجمع. ومثل هذا الجواب في مسألة (ق٧٦ب) الحيض، والشهور لا تستمر مع المزني إلا على مذهب من يقول: تعتد بها بما مضى قرءاً إذا حاضت قبل إكمال الشهور، فلا يبطل عليها فيما مضى من شهورها.

ثُمَّ قَالَ[٣]: «وَالطَّلاَقُ إِلَى الرِّجَالِ وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ وَهُوَ أَشْبَهُ بِمَعْنَى القُرْآنِ مَعَ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الأَثَرِ، وَمَا عَلَيْهِ المُسْلِمُونَ فِيمَا سِوَى هَذَا مِنْ أَنَّ الأَحْكَامَ تُقَامُ عَلَيْهِمَا» وهذه المسألة مضت في كتاب الرجعة، ومقصوده الرد على أبي حنيفة حيث اعتبر الطلاق بالنساء، ولا شك أن العدة بالنساء، فعدة الحرة ثلاثة أقراء سواء كان زوجها حراً أو عبداً، وعدة الأمة قرءان سواء كان زوجها حراً أو عبداً، وأراد بمعنى القرآن قوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولم يفصل بين أن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٠).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢١).

يكون زوجها حراً أو عبداً، وأراد بالأثر ما ذكرنا عن عمر رضي اللّه عنه: يطلق العبد تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين.

ثم احتج بالقياس في قوله الأحكام تقام عليها كما نقول في الحدود، فإن الحرّ يزني بأمة فيعتبر حدّ كل منهما لمحاله دون حال صاحبه؛ كذا ههنا يعتبر كمال الطلاق بكمال حاله ونقصانه بنقصان حاله؛ لأنه الفاعل وتعتبر العدة بها؛ لأنها الفاعلة لها. فأما الجلاد يباشر ضرب الحد ولا يعتبر به لأنه نائب عنه ليس أن الحكم ثبت له أو عليه ولا اعتبار بالنائب.

باب عدة الوفاة من كتابين

مسألة:

قَالَ[١]: قَالَ اللّهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ [البَقَـرَة: ٢٤٠] الآيَةَ فَدَلَّ رَسُولُ اللّهِ ﷺ أَنَّهَا عَلَى الحُرَّةِ غَيْرُ ذَاتَ الحَمْلِ».

الفصل:

الأصل في عدة الوفاة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾ [البَقَـرَة: ٢٤٠] (ق٧٧أ) ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البَقَـرَة: ٢٣٤].

واعلم أن العدة كانت في أول الإسلام على المتوفى عنها زوجها حولاً كاملاً بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البَقَـرَة: ٢٤٠] الآية، ثم نسخ ذلك. واختلف أصحابنا في كيفية النسخ، فمنهم من قال: وهو اختيار الاصطخري: نسخت جميع الحول، ثم ثبت أربعة أشهر وعشرٌ فيكون جميع آية الحول منسوخة وآية الشهور هي الموجبة لأربعة أشهر وعشرٌ.

وروى عكرمة عن ابن عباس رضي اللّه عنهما أنه قال: المتاع منسوخ بآية المواريث والحول منسوخ بأربعة أشهر وعشرٌ[٢].

ومن أصحابنا من قال: آية الشهور نسخت من آية الحول ما زاد على أربعة أشهر وعشرٌ، وبقي من الحول أربعة أشهر وعشرٌ وليس في هذا الاختلاف تأثير في الحكم، وهذا ظاهر كلام الشافعي رضي اللّه عنه.

فإن قيل: هذه متقدمة على آية الحول والناسخ لا يتقدم المنسوخ. قلنا: هذه الآية متقدمة في التلاوة متأخرة في التنزيل وهذا كثير في القرآن. قال اللّه تعالى: ﴿سَيَقُولُ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٦١)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٤٣).

﴿ٱلسُّفَهَآءُ مِنَ ٱلنَّاسِ مَا وَلَّىٰهُمْ عَن قِبْلَتِهِمُ ٱلَّتِي كَانُوا۟ عَلَيْهَا﴾ [البَقَرَة: ١٤٢] متقدمة على قوله تعالى: ﴿قَدْ نَرَىٰ تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي ٱلسَّمَآءِ فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَىٰهَا﴾ [البَقَرَة: ١٤٤] وقيل: في تقديم الناسخة فائدة، وهو أن لا يعتقد حكم المنسوخة قبل العلم بنسخها.

فإن قيل: فليس بين الآيتين تعارض فكيف تنسخ إحداهما الأخرى؟ قلنا: المراد بهذه الآية جميع العدة بالإجماع ولهذا جعل فيها الكسر فوجد التعارض.

وأما السنة ما روى حميد بن نافع، عن زينب بنت أبي سلمة قالت: سمعت أم سلمة رضي اللَّه عنها (ق٧٧ب) تقول: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول اللَّه، إن ابنتي توفي عنها زوجها، وقد اشتكت عينها أفنكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا» مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول: «لا» ثم قال رسول الله ﷺ: «إنما هي أربعة أشهر وعشرٌ، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول» قال حميد: فقلت لزينب وما ترمي بالبعرة على رأس الحول؟ فقالت زينب: كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها قطنت حِفْشاً ولبست شَرَّ ثيابها ولم تمس طيباً حتى تمر بها سنة، ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة، فَتَفْتَضُّ به فقلما تَفْتَضُّ بشيء إلا مات يعني لطول أظفارها ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها، ثم تراجع بعدما شاءت من طيب أو غيره[(١)].

وسئل مالك: ما تفتض؟ فقال: تمسح به جلدها، وقال القتيبي: معناه تكسر ما يبنى فيه من العدة بطائر تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش، وهو من فضضت الشيء إذا كسرته أو فرقته ومنه فض خاتم الكتاب. والحفش البيت الدليل الصغير من الشعر والبناء وغيره.

وقال الأزهري: الحفش البيت الصغير القصير السمك، ومنه الخبر: ألا جلس في حفيشة أمه. الخبر ومعنى رمتها بالبعرة، أي وكأنها تقول: جلوسي في البيت وحبسي نفسي سنة كالرمية بالبعرة في حب ما كان يجب من حق الزوج أو ما لاقته في الحول من الشدّة هين في عظم حقك عليَّ كهوان هذه البعرة. وقيل: معناه أديت حقك وألقيته عني كما تلقاه هذه البعرة على قبر الزوج.

وروى الشافعي[(٢)]: فتقبض بالقاف والباء والصاد. قال الشافعي: (ق٧٨أ) والقبض أن تأخذ من الدابة موضعاً بأطراف أصابعها، والقبض: الأخذ بالكف كلها. وقيل في رواية الشافعي فتقبض بالضاد، وهو القبض بالكف، وإنما روي يقبض لأن القبض بالكف يؤول إلى القبض الذي هو الكسر فعبر عنه عما يؤول إليه. ذكره في «الحاوي»[(٣)]. وروي: «قد كانت إحداهن تمكث في شر أحلاسها أو شر بيتها، فإذا كان حول فمر كلب رمته ببعرة وإلا حتى تمضي أربعة أشهر وعشرٌ».

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣٣٨)، ومسلم (١٤٨٨).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٣).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٣٤).

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه. فإذا تقرر هذا فعدة الوفاة بشيئين بالحمل والشهور.

فإن كان حاملاً اعتدت به فإذا وضعته حلت، وظاهر الآية يوجب عليها العدة بالأشهر، وإن كانت حاملاً، ولكن عرفنا ذلك بالسنة وهي أن سبيعة الأسلمية خرج زوجها في طلب عبيد له فكروا عليه فقتلوه، فوضعت بعد وفاته بنصف شهر، فخطبها أبو السنابل ابن بعكك فأبت عليه، فاجتاز بها يوماً وقد تصنعت للأزواج فقال لها: تصنعت للأزواج لا حتى تمضي أربعة أشهر وعشرٌ، وإنما قال ذلك طمعاً أن تتربص حتى يرجع وليها من غيبته فيحثها على الإجابة لأبي السنابل فأتت سبيعة رسول الله ﷺ وأخبرته بما قال أبو السنابل فقال ﷺ: «كذب أبو السنابل قد حللت فأنكحي من شئت»[١]، وإنما قال: «كذب» ولم يقل أخطأ لأنه ﷺ عرف قصده، وأنه قال ذلك عن عمد، وإنما قال الشافعي: عرفنا هذا بالسنة ولم يقل بالآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ (ق٧٨ب) حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطَّلَاق: ٤] لأن الآية وإن كانت عامة في نفسها فهي على أثر ذكر المطلقات فربما يقول قائل هي في المطلقة لا في المتوفى عنها.

وروى أبو داود[٢] بإسناد خبر سبيعة على وجه آخر وهو الأصح وهو أن سبيعة كانت تحت سعد بن خولة فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته، فلما تعالت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل ابن بعكك رجل من بني عبد الدار، فقال: ما لي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح إنك واللّه ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشرٌ، قالت سبيعة: فلما قال ذلك جمعت على ثيابي حتى لبست فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك، فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي، فأمرني بالتزويج إن بدا لي وقوله: تعالت من نفاسها أي طهرت من دمها.

وروي عن علي بن أبي طالب[٣]، وابن عباس[٤] رضي اللّه عنهما أنهما قالا: تعتد المتوفى عنها بآخر الأجلين. ومعناه أن تمكث حتى تضع حملها، فإن كانت مدة الحمل من وقت وفاة زوجها أربعة أشهر وعشرٌ، فقد حلت، وإن وضعته قبل ذلك تربصت إلى أن تستوفي المدة.

وقال القفال: لم يصح هذا المذهب إلا عن عبد اللّه بن عمرو بن العاص، وترك هذا المذهب عليه، وفيه نظر: وبقولنا قال عمر، وابن عمر، وابن مسعود، وأبو هريرة رضي اللّهُ عنهم ومالك، والأوزاعي، وسفيان الثوري، وأبو حنيفة. والدليل على هذا ما ذكرنا من الخبر، وروي عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن أنه قال: كنت جالساً مع أبي هريرة (ق٧٩أ)

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٨٩)، وأحمد (١/ ٤٤٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٤٧٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٠٦).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٧٤)، و«في معرفة السنن» (٤٦٥٠).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٧٣)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٤٦).

وابن عباس رضي اللَّه عنهما، فذكروا المرأة المتوفى عنها زوجها وهي حامل، قال أبو سلمة: فقلت: إذا وضعت حملها فقد حلت، فقال ابن عباس: أجلها آخر الأجلين، فقال أبو هريرة: أنا مع ابن أخي - يعني أبا سلمة - فبعثوا كريباً مولى ابن عباس إلى أم سلمة فسألها عن ذلك فقالت أم سلمة: إن سبيعة بنت الحارث الأسلمية وضعت بعد وفاة زوجها بليال فخطبها رجل من بني عبد الدار يدعى أبا السنابل وأخبرها أنها قد حلت فأراد أن تتزوج بغيره، فقال أبو السنابل: إنك لم تحلي فأتت رسول الله ﷺ فأمرها أن تتزوج[1].

وروى مسروق، عن عبد اللَّه بن مسعود أنه قال: من شاء لاعنته أنزلت سورة النساء القصرى بعد أربعة أشهر وعشر[2]، يعني بسورة النساء القصرى سورة الطلاق، يريد أن نزول هذه السورة إنما كان بعد نزول سورة البقرة، وقد ذكر في سورة الطلاق حكم الحامل فقال: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق: ٤] وفي البقرة: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البَقَرَة: ٢٣٤] وظاهر هذا الكلام منه يدل على أنه حمله على النسخ وليس كذلك، بل إحدى الآيتين مرتبة على الأخرى فالآية في سورة البقرة في عدد الحوامل، والآية التي في سورة الطلاق في عدد الحوائل، واللَّه أعلم.

وإن كانت حاملاً اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام، وبه قال: كافة العلماء، وقال الأوزاعي: وعشر ليال فتنقضي العدة بطلوع الفجر من اليوم العاشر، وهذا غلط؛ لأن الليالي إذا أطلقت يقتضي دخول الأيام معها فحمل الظاهر عليه (ق٧٩ب).

فإن قيل: لما حذف الباء في قوله وعشر دل على أنه أراد وعشر ليال لأن عدد المؤنث في الآحاد محذوف الهاء، قيل: العرب تحذف الهاء في عدد المؤنث والذكور فتقول: سرنا عشراً وهو يريد عشرة أيام كما نقول: سرنا عشراً وهو يريد عشر ليال.

فإذا تقرر هذا لا فرق بين أن يموت عنها قبل الدخول أو بعده، ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة.

وروي عن ابن عباس أنه قال: لا عدة عن المتوفى عنها قبل الدخول. قياساً على الطلاق، وقد تفرد بهذا القول، وهذا غلط لأن الآية عامة في الكل، وإنما خصصنا قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] بالمدخول بها بحكم آية أخرى منصوصة وهي قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، ولم يرد ههنا مثل هذا ولا يمكن تخصيصها بالقياس على المطلقة؛ لأن يمكن للزوج تكذيبها ونفي الولد عن نفسه باللعان إن أتت به بخلاف المتوفى عنها، فاحتاط الشرع فيها، وأيضاً المقصود من عدة الطلاق الاستبراء والمقصود من عدة الوفاة التعبد وإظهار الحزن لانقطاع الوصلة

---

(١) أخرجه البخاري (٥٣١٩)، ومسلم (١٤٨٤).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٧٥).

بالوفاة من غير اختيار، ولهذا لزم فيها الإحداد واعتبر في عدة الطلاق الأقراء وههنا الشهور فافترقا.

فإن قيل: أليس لو دخل بها ثم جئت ذكره وأنثياه، ثم طلقها بعد ذلك بعشرين سنة يلزمها العدة والاستبراء ههنا، قيل: المغلب في عدة الطلاق والاستبراء، وإن جاز أن يجب تعبداً في هذا الموضع فصح ما ذكرناه.

مسألة:

قَالَ[1]: «فَتَحِلُّ إِذَا وَضَعَتْ قَبْلَ أَنْ تَطْهُرَ (ق٨٠أ) مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ مَفْسُوخٍ».

إذا وضعت الحمل انقضت عدتها في الحال وإن لم تطهر من نفاسها؛ لأن النفاس لا يمنع النكاح كما لا يمنعه الحيض. وقال حماد، والأوزاعي: لا تحل ما لم تطهر من النفاس، كما يعتبر في عدة الأقراء بطهارتها من الحيض عندهما. وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطّلَاق: ٤] ولم يعتبر الطهارة من النفاس.

وأما قوله: «مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ مَفْسُوخٍ»: ولم يرد به أنها تعتد بالشهور عن الوفاة؛ لأن العدة في النكاح الفاسد لا تجب إلا بالدخول، وإذا دخل وحملت كانت العدة بوضع الحمل كما في الصحيح، وهذا لأن عدة الوفاة لحرمة الوصلة ولا حرمة في النكاح الفاسد.

واعلم أن الشافعي لما ذكر الآية في الأول قال[2]: «**فَدَلَّتْ سُنَّة رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهَا عَلَى الحُرَّةِ غَيْرِ ذَاتِ الحَمْلِ**» ثم ذكر حديث سبيعة، ومعلوم أنه حديث سبيعة لا يدل على أن الآية وردت في الحرة دون الأمة، فكيف ادَّعى الشافعي هذا من خبرها؟ وإزالة هذا الإشكال بأن يقال: ما أراد الشافعي استفادة الحرية من حديث سبيعة، بل استفاد من حديثها حكم الحامل، فأما الحرية فإنها مستفادة عند من ظاهر الآية؛ لأن الشافعي يحمل الخطاب بظاهره على الحرائر خاصة، وعلى هذا نص في «كتاب السير» حيث حمل قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢١٦]، على الأحرار دون العبيد. فمعنى قوله ههنا: «**فَدَلَّتْ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ**» بظاهر القرآن على أنها على الحرة، وتصريح سنته على أنها على الحرة ذات الحمل؛ لأنه قضى في سبيعة الأسلمية بما قضى (ق٨٠ب).

مسألة:

قَالَ[3]: «وَلَيْسَ لِلْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا نَفَقَةٌ وَإِنْ كَانَتْ حَائِلاً». لا يختلف المذهب أنه لا نفقة بحالٍ حائلاً كانت أو حاملاً، وسواء قلنا النفقة للحمل أو للحامل؛ لأنَّا إن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢٣).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢٣).

جعلناها للحامل فلا سلطان له عليها؛ وإن جعلناها للحمل فلا يلزم الميت نفقة الأقارب.

وروي عن جابر[١] وابن عباس[٢] أنهما قالا: «لا نفقة لها حسبها الميراث». قال بعض العلماء: لها النفقة إذا كانت حاملاً، ويروى هذا عن علي وابن عمر، ذكره صاحب «الحاوي»[٣]. وهذا غلط لما ذكرنا، ولأنها معتدة عن وفاةٍ فلا نفقة لها كالحائل.

قال المزني: «**هَذَا خِلَافُ قَوْلِهِ فِي البَابِ الثَّانِي وَهَذَا أَصَحُّ، وَفِي البَابِ الثَّالِثِ مَشْرُوحٌ**».

أراد به أن الشافعي لم يثبت لها النفقة في هذا الباب، وروي عن جابر ما ذكرنا، وقال[٤]: «**لأَنَّ مَالِكَهُ قَد انْقَطَعَ بِالمَوْتِ**». وقال في الباب الذي بعده: «**لَهَا السُّكْنَى**».

وهذا يخالف؛ لأن تعليل الشافعي ههنا واحتجاجه بقول جابر يدل على أنه لا سكنى لها، وإن لم يصرح به ههنا؛ لأنه لا سكنى لها. فاختار المزني أنه لا سكنى لها، وفي المسألة قولان.

قال أصحابنا: هذا الذي قاله المزني لا يصح؛ لأن الشافعي قال في هذا الباب: «لا نفقة لها» وهذا لا يختلف مذهبه فيه، وليس في الباب الثاني ما يخالفه، وإنما أثبت في الباب الثاني السكنى على أحد قوليه والسكنى تخالف النفقة فلم يصح ما قاله.

وقوله: «**وَهُوَ فِي البَابِ الثَّالِثِ مَشْرُوحٌ**» غلط في النقل، وإنما هو «في الباب الثاني مشروح»؛ لأن المزني ذكر في الباب الذي بعد هذا الباب أنه لا سكنى، واختار هذا القول ونصره. وأما (ق٨١أ) الباب الثالث فهو باب الإحداد وليس منه لوجوب السكنى وسقوطه ذكر، ولأنه أوهم أن في النفقة قولين وليس كذلك بل قولٌ واحدٌ أنه لا نفقة لها. وقول جابر: «حسبها الميراث» لم يذكره الشافعي لإسقاط السكنى، أو نقول: لعل الشافعي نص في هذا الباب على أنه لا سكنى لها، وأجاب في باب آخر على القول الثاني فلا يجب عليه على ما ذكره المزني.

مسألة:

قَالَ[٥]: «وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَامِلاً فَكَأَنَّهُ مَاتَ نِصْفُ النَّهَارِ وَقَدْ مَضَى مِنَ الهِلاَلِ عَشْرُ لَيَالٍ أَحْصَتْ مَا بَقِيَ مِنَ الهِلاَلِ».

الفصل:

قد ذكرنا فيما مضى نظير هذه المسألة، وجملته أنه إذا مات في نصف النهار مثلاً

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٧٧)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٥١).
(٢) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٦/ ٤٩).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٣٧).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢٣).
(٥) انظر الأم (٥/ ٢٣).

وقد مضى من الهلال عشر ليالٍ، أحصت ما بقي من الهلال، فإن كان عشرين حفظتها ثم اعتدت بثلاثة أشهرٍ بالأهلة، ثم استقبلت الشهر الرابع فأحصت عدد أيامه، فإذا كمل لها ثلاثون يوماً بلياليها فقد أوفت أربعة أشهر واستقبلت عشراً بلياليها، فإذا أوفت إلى الساعة التي مات فيها فقد انقضت عدتها، ويتصور أن يوافق الموت أول الهلال فتعتد بأربعة أشهر هلالية، ثم بعشرة أيام من الشهر الخامس. ويتصور أن يموت في بعض الشهر ويحصل لها أربعة أشهر بالهلال، وهو أن يكون بقي من الشهر الأول عشرة أيامٍ فما دونها.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تَأْتِي فِيهَا بِحَيْضٍ».

الفصل:

المتوفى عنها تعتد بأربعة أشهر وعشر حاضت فيها أم لم تحض. وقال مالك: إن كانت من ذوات الأقراء ولم تجر عادتها (ق٨١ب) بتأخير الحيض فلم تحض لا تنقضي عدتها حتى تحيض حيضةً؛ لأن ذلك يثبت ريبةً. وإذا كانت مرتابةً لم يحكم بانقضاء عدتها. وروي عن مالك أنه إن كانت عدتها أن تحيض في كل شهرٍ مرةً فعليها في عدة الوفاة أربع حيض، وإن كانت عادتها أن تحيض في كل خمسة أشهر مرة يكفيها الشهور. وهذا غلط لظاهر الآية ولم يفصل.

وأما ما ذكره لا يصح؛ لأن تأخير الحيض لا يكون ريبةً إلا أن يكون معه أمارة الحمل من انتفاخ البطن والثقل فلا يعتبر ما ذكره.

ثم قال الشافعي[2]: «إِلَّا أَنَّهَا إِنْ ارْتَابَتْ اسْتَبْرَأَتْ نَفْسَهَا مِنَ الرِّيبَةِ كَمَا لَوْ حَاضَتْ فِي الشُّهُورِ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ ارْتَابَتْ اسْتَبْرَأَتْ نَفْسَهَا مِنَ الرِّيبَةِ».

وقد ذكرنا حكم المرتابة بالحمل في العدة.

وقوله: «كَمَا لَوْ حَاضَتْ فِي الشُّهُورِ حَيْضَتَيْنِ» لفظ مشكل؛ لأنه إن أراد أن يقيس المتوفى عنها زوجها على ذات الشهور، فذات الشهور هي التي تفقد الحيض فكيف تحيض في الشهور حيضتين؟ وإن أراد أن يقيسها على ذات الأقراء فالشهور غير معتبرة فيها، ولا تنقص عدة الأقراء قط ما لم تر الحيضة، ثم ربما ترتاب بعد الثالثة، فلعل الشافعي قال: كما لو حاضت في القرء حيضتين ثم ارتابت، فنقل المزني: أو غير الشهور بدل القرء.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٤).

فإن قال قائل: كيف يستقيم وضع القرء في هذا الموضع موضع الشهور وقد قلت: لا تنقضي عدة ذات القرء إلا برؤية ثلاث حيض والشافعي ذكر حيضتين؟ قلنا: ذات القرء إذا طلقت في آخر طهرها فرأت حيضةً ثم طهراً ثم حيضة انقضت عدتها بالطعن في الحيضة الثالثة، فليس في خلال عدتها إلا حيضتان، فأما الحيضة الثالثة فبعد العدة فربما ترتاب وهي في خلال (ق٨٢أ) الحيضة الثالثة فنأمرها باستبراء نفسها من الريبة، ومن المحتمل أن يقال: استعمل الشافعي لفظ الشهور في ذوات القرء على معنى أن القرء يمضي عليها في ثلاثة أشهر على غالب عادات النساء فاستغنى عن التغليظ.

فإن قيل: أفلا يحتمل أن يكون مراد الشافعي بذكر هذه الشهور شهور الوفاة على قصد تصوير المسألة في المتوفى عنها، وتقدير كلامه: «إلا أنها إن ارتابت استبرأت نفسها من الريبة» كأنها حاضت في الشهور الأربعة حيضتين ثم ارتابت. قلنا: قوله: «كما لو حاضت» كلمة قياس وتشبيه لا كلمة تصوير فلا يصح هذا. وأيضاً المتوفى عنها زوجها سواء رأت في الشهور الأربعة حيضتين أو ثلاثاً أو أربعاً، فإذا ارتابت بعد العدة كان عليها الاستبراء فلا فائدة لذكر الحيضتين على هذا التأويل.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ طَلَّقَهَا مَرِيضاً ثَلاَثاً فَمَاتَ مِنْ مَرَضِهِ».

الفصل:

قد ذكرنا ميراث المبتوتة في المرض، واختار المزني أنها لا ترث، وبسط الكلام ههنا فقال: «قَدْ قِيلَ: لَا تَرِثُ مَبْتُوتَةً وَهَذَا مِمَّا أَسْتَخِيرُ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ. وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: وَهَذَا قَوْلٌ يَصِحُّ لِمَنْ قَالَ بِهِ» قَالَ الْمُزَنِي: «فَالاسْتِخَارَةُ شَكٌّ وَقَوْلُهُ يَصِحُّ إِبْطَالُ الشَّكِّ» فقال المزني: الاستخارة ليس بشكٍّ كما أطلقت، ولكن يريد بالاستخارة تفويض العلم إلى اللَّه تعالى، ومسألة الخيرة منه.

ثُمَّ قَالَ: «وَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَبِمَعْنَى ظَاهِرِ الْقُرْآنِ؛ لأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَرَّثَ الزَّوْجَةَ مِن زَوْجٍ يَرِثُها إِنْ مَاتَتْ قَبْلَهُ فَلَمَّا كَانَتْ إِنْ مَاتَتْ لَمْ يَرِثْهَا وَإِنْ مَاتَ لَمْ تَعْتَدَّ مِنْهُ عِدَّةُ مِنْ وَفَاتِهِ فَلَا تَرِثَ هِيَ مِنْهُ مِيرَاثُ الزَّوْجَاتِ؛ لأَنَّ النَّاسَ يَرِثُونَ مَنْ حَيْثُ يُورَثُونَ».

ثم قال: واحتج الشافعي على أبي حنيفة (ق٨٢ب) في باب القافة حيث ورث أبو حنيفة أبوين من ابنٍ واحدٍ ملحق بهما جميع ماله على الشركة بينهما نصفين، وورث الابن جميع مال كل أبٍ على الخلوص إذا لم يكن له وارث غيره، فقال الشافعي: «إِنَّمَا يَرِثُ النَّاسُ مِنْ حَيْثُ يُورَثُونَ، فَإِنْ كَانَا يَرِثَانِهِ نِصْفَيْنِ بِالْبُنُوَّةِ فَكَذَلِكَ يَرِثُهُمَا نِصْفَيْنِ بِالأُبُوَّةِ» فأخذ المزني هذا الاحتجاج من الشافعي واحتج به في هذه المسألة فقال: إِنَّمَا تَرِثُ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٤).

المَرْأَةُ الزَّوْجَ مِنْ حَيْثُ يَرِثُ الزَّوْجُ [المَرْأَةَ] بِمَعْنَى النِّكَاحِ، فَإِذا ارْتَفَعَ النِّكَاحُ بَإِجْمَاعِ ارْتَفَعَ حُكْمُهُ وَالمُوَارَثَةُ [بِهِ]، وَلَمَّا أَجْمَعُوا أَنَّهُ لاَ يَرِثُهَا لأَنَّهُ لَيْسَ بِزَوْجٍ كَانَ كَذَلِكَ [أَيْضاً] لاَ تَرِثُهُ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ».

فإن قيل: فقد ورثها عثمان رضي اللَّه عنه؟ قيل: وقد أنكر عليه عبد الرحمٰن بن عوف في حياته إن مات أن يورثها منه، ولم يرد أنه قال: لا يورثوها مني، وإنما روي أنه لما طلق امرأته تماضر، دخل عليه عثمان فقال: أفررت من كتاب اللَّه تعالى؟ فقال عبد الرحمٰن: ما فررت من كتاب الله تعالى ولا من سُنَّةِ رسوله ﷺ. فالمزني [أراد] أن يستنبط من هذا الكلام أنه أنكر عليه التوريث؛ لأن العلة فيه هي الفرار، ومن أنكر عليه الحكم فقد أنكر الحكم.

ويمكن أن يُجاب عن كل ما ذكره بأنه يجوز أن تورث منه ولا يرث هو، كالعمة لا ترث من ابن الأخ، وابن الأخ يرث منها. وقول عبد الرحمٰن ليس بصريح في الإنكار فيحتمل أنه أراد: أني لم أفر فإن الإرث لها مني باقٍ.

وقول ابن الزبير: «لو كنت أنا [لم] أر أن ترث مبتوتة» يحتمل أني ما كنت أهتدي إلى ما اهتدى إليه عثمان رضي اللَّه عنه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ طَلَّقَ (ق١٨٣أ) إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ ثَلاَثاً فَمَاتَ وَلاَ تُعْرَفُ».

الفصل:

صورة المسألة أن يطلق إحدى امرأتيه بعينها ومات قبل أن يبينها، ولم يكن مضى من الأقراءِ شيءٌ وكانتا جميعاً مدخولاً بهما، وكانتا من ذوات الأقراء، وكان الطلاق بائناً، يلزم على كل واحدة منهما أن تأتي بأقصى الأجلين من أربعة أشهر وعشر، ومن ثلاثة أقراء؛ لأن على البائن ثلاثة أقراء وعلى المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرٌ، ولا يعلم ههنا عين المتوفى عنها من البائن، فأوجبنا الأقصى منهما احتياطاً وإن كان قد مضى فيما يجب أربعة أشهر وعشر وقرءان، وإن كان قد مضى قرءان يجب أربعة أشهر وعشر وقرء، فإذا أتت بذلك فقد حلت بيقين. هكذا ذكره جميع أصحابنا.

وقال صاحب «المنهاج»: إذا أسلم المشرك عن عشرة نسوةٍ وأسلمت معه ومات قبل اختيار أربع، أوجبنا على كل واحدةٍ منهن أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاثة قروءٍ، فالأشهر للوفاة والقرء للفسخ الواقع بالإسلام. ثم اختلف أصحابنا في تأريخ أول القروء الثلاثة، فمنهم من قال: يحسب القرء من وقت إسلام متقدم الإسلام من الزوج والزوجة، لأن الفسخ يقع من ذلك الوقت، فعلى هذا في مسألتنا يحسب القروء الثلاثة من وقت الطلاق

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٦).

على ما ذكرنا.

والثاني: أن القروء الثلاثة هناك محسوبة من وقت الموت؛ لأنهما كانا يشبهان الزوجين إلى وقت موته. وللشافعي في هذا الموضع نص يدل على أن القروء الثلاثة يجب أن تحسب في مسألة المشرك من وقت الموت؛ لأنه قال: «**وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ ثَلَاثاً فَمَاتَ وَلاَ تُعْرَفُ اعْتَدَّتَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً تُكَمِّلُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا فِيهَا ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**» (ق٨٣ب) فقوله: «فيها»: دليل على أن جميع القرء ينبغي أن يكون بعد الموت في الأربعة الأشهر، وإن وجدت فيها، وإن طال أقراءها اعتدت بأقصى الأجلين، ومثل هذا إذا فرق في النكاح الفاسد بينهما بعد الوطء هل يحسب القرء من وقت التفريق أو من آخر وطئة كانت؟ فيه وجهان.

وإن كانت إحداهما مدخولاً بها والأخرى غير مدخول بها وجبت على غير المدخول بها أربعة أشهر وعشرٌ فقط، وعلى المدخول بها أربعة أشهر وعشر وثلاثة أقراء على ما بيَّناه.

وإن كانتا غير مدخول بهما وجبت على كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشر فقط؛ لأن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها، فإذا أتت بالشهور فقد حلت بيقين، وإن كان الطلاق رجعياً وجب على كل واحدةٍ أربعة أشهر وعشرٌ؛ لأن الرجية تنتقل إلى عدة الوفاة فكانتا سواء، وإن لم يكونا من ذوات الأقراء، فإن كانتا من ذوات الشهور وجب على كل واحدة أربعة أشهرٍ وعشر؛ لأن المطلقة لم يجب عليها إلا ثلاثة أشهر، فإذا أتت بأربعة أشهر فقد حلت بيقين.

وإن كانتا حاملتين حلتا بالوضع، هذا إذا كان الطلاق معيناً ولم يتبين في إحداهما حتى مات. فأما إذا كان الطلاق مرسلاً في إحداهما بعينها فقد ذكرنا فيما تقدم أن المذهب الصحيح أنه يقع الطلاق من حين اللفظ. ومن أصحابنا من قال: يقع من حين التعين. فإن قلنا: من حين اللفظ كان حكم العلة على ما بيَّناه في المعينة. وإن قلنا: من حين التبين، فإذا مات قبل التعين فكأنه مات قبل أن يطلق، فيجب على كل واحدة منهما عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرٌ. وهكذا ذكر بعض أصحابنا.

وقال بعضهم: يلزم ههنا أقصى الأجلين أيضاً (ق٨٤أ) ولكن ابتداء الأقراء من حين الموت؛ لأن الموت رفع الإياس من بيانه ولا يمكن إسقاط حكم الطلاق الموجود بموته. وهذا هو المشهور على هذا الوجه.

باب مقام المطلقة في بيتها

مسألة:

قَالَ[١]: قال اللّه تعالى في المطلقات: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطَّلَاق: ١]

---

(١) انظر الأم (٥/٢٦).

إلى قوله: ﴿بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ﴾ [الطَّلَاق: ١]، وقد قال النبي ﷺ لفريعة بنت مالك حين أخبرته أن زوجها قتل وأنه لم يتركها في مسكن يملكه: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»(١).

المطلقة مطلقتان؛ رجعية، وبائن. فالرجعية تستحق السكنى والنفقة؛ لأنها في معاني الزوجات إلا أن النفقة حق لها إن اتفقا على إسقاطه سقطت، والسُّكنى حق اللَّه تعالى إن اتفقا على إسقاطه لم يسقط.

وأما البائن فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً ويلزم السكنى لها. وبه قال ابن عمر، وابن عباس، وجابر، وعائشة، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والفقهاء السبعة، ومالك، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، والليث بن سعد رضي اللَّه عنهم.

وروي عن ابن عباس، والحسن، والشعبي، وعطاء، والزهري، وأحمد، وإسحاق: أنه لا نفقة لها ولا سكنى. وروى أبو سليمان الخطابي عن أحمد مثل قولنا، واحتجوا بما روت فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى(٢).

وقال أبو حنيفة والثوري: لها النفقة والسكنى. وروي ذلك عن عمر، وابن مسعود، وشريح رضي اللَّه عنهم، واحتجوا بأنها مطلقة تستحق السكنى فاستحقت النفقة كالرجعية. وهذا غلط؛ لأن اللَّه تعالى قال: ﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطّلَاق: ١] (ق٨٤ب) ﴿وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ﴾ [الطّلَاق: ١]، وقال أيضاً: ﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ﴾ [الطّلَاق: ٦] إلى قوله: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ﴾ [الطّلَاق: ٦]، فأوجب السكنى على الإطلاق، وخصَّ بالنفقة الحوامل، فكان ذلك حجة على الفريقين وأما خبر فاطمة بنت قيس: قلنا: لا حجة فيه؛ لأنه روى أنه أوجب لها السكنى فبذت على أحمائها فأمرها أن تنتقل إلى بيت ابن أم مكتوم، وتمام الخبر ما روى أبو سلمة بن عبد الرحمٰن عن فاطمة بنت قيس: أن أبا عمرو بنَ حفص بن المغيرة طلقها البتة وهو غائب بالشام، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال: واللَّه مالك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال لها: «ليس لك عليه نفقة» وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: «تلك امرأة يغشاها أصحابي، فاعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك، فإذا حالت فأذنيني». قالت: فلما حللت ذكرتُ له أن معاوية وأبا جهم خطباني... الخبر إلى آخره. ومعنى البتة ههنا: الثلاث. وروى أنها تطليقةٍ

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٥٩١)، والشافعي في «المسند» (١٧٥)، وأحمد (٦/ ٣٧٠)، وأبو داود (٢٣٠٠)، والترمذي (١٢٠٤)، والنسائي (٣٥٢٨)، وابن ماجه (٢٠٣١)، وابن حبان (٤٢٧٨)، والحاكم (٢/ ٢٠٨).

(٢) أخرجه مسلم (١٤٨٠)، وأبو داود (٢٢٨٤)، والنسائي (٢/ ١٧٤)، وأحمد (٦/ ٤١٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٤٨٦).

بقيت لها من الثلاث.

واعلم أن نقل النبي ﷺ إياها من بيت أحمائها إلى بيت ابن أم مكتوم ليس بإبطال السكنى، بل فيه إثبات السكنى وإنما هو إخبار لموضع السكنى. وقد اختلفوا في سبب ذلك فقالت عائشة رضي اللَّه عنها: كانت فاطمة في مكان وحش فخيف عليها، فرخص لها رسول الله ﷺ في الانتقال. وقال سعيد بن المسيب: إنها انتقلت عن بيت أحمائها لطول لسانها.

وروي عن عمرو بن ميمون، عن أبيه أنه قال: قلت لسعيد بن المسيب: أين تعتد المطلقة ثلاثاً؟ قال: تعتد في بيتها. قلت: أليس أمر رسول الله ﷺ (ق٨٥أ) أن تعتد [فاطمة بنت قيس في بيت ابن أم مكتوم، قال: تلك المرأة التي فتنت الناس، إنها استطالت على أحمائها بلسانها، فأمر رسول الله ﷺ أن تعتد] في بيت ابن أم مكتوم، وكان رجُلاً مكفوف البصر[(١)]. وهو معنى قوله: ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطّلَاق: ١].

وقال ابن عباسٍ: الفاحشة أن تبذو على أهل زوجها، فإذا بذت فقد حل إخراجها[(٢)].

وقال ابن مسعود والحسن البصري: الفاحشة أن تزني فتخرج لإقامة الحد عليها. والأول أصح؛ لأن ظاهرة إخراج لا تُرد بعده إلى ذلك البيت، وإنما تخرج للحد ساعة من نهارٍ، ولها أن تخرج بالنهار لبعض الحوائج من غير فاحشةٍ مبينة.

وروي أن يحيى بن سعيد بن العاص طلق ابنة عبد الرحمٰن بن الحكم ألبتة، فانتقلها عبد الرحمٰن بن الحكم، فأرسلت عائشة أم المؤمنين رضي اللَّه عنها إلى مروان بن الحكم ـ وهو أمير المدينة ـ فقالت: اتق اللَّه ورد المرأة إلى بيتها. فقال مروان: أو ما بلغك شأن فاطمة بنت قيس، فقالت عائشة: لا يضرك أن لا تذكر حديث فاطمة، فقال مروان: فإن [كان] بك الشر فحسبك ما بين هذين من الشر، يعني إن كنت تزعمين أن فاطمة أخرجت من بيت زوجها مخافة الشر من البذاء فحسبك ما بين هذا الزوج المطلق وهذه الزوجة من البذاء[(٣)]. فثبت بالسنة.

وتفسير ابن عباس، وقصة عائشة ومروان أن المطلقة لا تخرج من منزل الطلاق إلا للبذاءة. وكره لها ابن المسيب وغيره أنها كتمت السبب الذي أمرها ﷺ أن تعتد في غير بيت زوجها خوفاً أن يسمع ذلك سامع فيرى للمبتوتة أن تعتد حيث شاءت. وقد قال الشافعي[(٤)]: **«فَلَمْ يَقُلْ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ اعْتَدِّي حَيْثُ شِئْتِ، بَلْ خَصَّهَا إِذْ كَانَ زَوْجُهَا غَائِباً»**

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٩٣).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٤٨٤)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٥٦).
(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٢٢٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٤٩١)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٥٩).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

وهذا يدل على أن البذيئة إذا خرجت من بيت زوجها للبذاءة (ق٨٥ب) لا يجوز أن تكون بسببه تعتد حيث تشاء ولكن الحاكم يحضها بالاجتهاد وعند من يرى، كما حصَّن رسول الله ﷺ فاطمة بنت قيس.

ثم اعلم أن الشافعي ذكر أولاً هذه الآية وهي واردة في المطلقات، ثم ذكر خبر فريعة في المتوفى عنها زوجها، ثم قال[1]: «فدلت الآية على سكنى الطلاق، ودلت السنة على سكنى الوفاة».

وتمام خبر فريعة ما روي عن زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك ـ أخت أبي سعيد الخدري ـ قالت: خرج زوجي في طلب أعبد له أبقوا، فأدركهم بطرف القدوم فقتلوه، فأتاني نعيه وأنا في دار شاسعة من دور أهلي فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: أتاني نعي زوجي وأنا في دارٍ شاسعة من دور أهلي ولم يدع لي نفقة ولا مالاً، وليس له مسكن لي، فلو تحولت إلى إخوتي وأهلي كان أرفق لي في بعض شأني، فقال: «تحول»، فلما خرجت إلى المسجد ـ أو الحجرة ـ دعاني ـ أو أمرني ـ فدعيت له فقال: «امكثي في البيت الذي أتاك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله»، فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً، قالت: فأرسل إليَّ عثمان بن عفان فأتيته فحدثته، فأخذ به.

فمن أصحابنا من قال: نسخ قوله الآخر قوله الأول فحكم لها أولاً بالرجوع إلى بيت أهلها، ثم نسخه بإيجاب السكنى لها في قوله: «امكثي في بيتك» يعني في البيت الذي كنت فيه عند الموت، فأوجب لها السكنى. وهذا دليل على جواز نسخ الشيء قبل أن يُفعل.

ومن أصحابنا من قال: اختار القول الآخر أنه لا سُكنى للمتوفى عنها، وقال: هذا ليس بنسخ، بل صرح أولاً بالحكم أن لا سكنى لها، ثم ندب إلى أن تمكث في بيتها الأول، وندب أهل الميت أن يتركوها فيه للاعتداد.

فإذا تقرر هذا لا فرق (ق٨٦أ) بين أن تكون مسلمة أو ذمية؛ لأن حقوقه الذمية في النكاح كحقوق المسلمة، وأما الأمة فحكمها في العدة حكمها في النكاح لا يلزم سيدها أن يسلمها نهاراً وله حق الاستخدام عليها، فإن رفع السيد استخدامها لم يمنع نهاراً في زمان الاستخدام، ولا سكنى لها؛ لأنه لما لم يمنع مع بقاء النكاح منها فلأن لا يمنع زواله أولى. ثم للزوج أن يحضها ليلاً إن شاء، وهل يؤخذ به جبراً؟ وجهان. فإن قيل: فإذا كان له ذلك فقد صارت السكنى واجبة، والسكنى الواجبة في العدة لا تسقط بتراضيهما. قلنا: ليست بواجبة على الزوج وإنما له حق متعلق باستبرائها وحفظها، فلهذا كان له إسكانها ليلاً والسكنى الواجبة لا تسقط بالإسقاط وههنا لم تجب أصلاً فلا يقال سقط.

واعلم أن في بعض نسخ المزني: «ولأهل الذمة أن ينقلوها من مسكن زوجها» وهذا

(١) انظر الأم (٥/ ٢٣٦).

تصحيف من الأمة إلى الذمة.

مسألة:

قَالَ(١): «فَإِذَا طَلَّقَهَا فَلَهَا السُّكْنَى فِي مَنْزِلِهِ حَتَّى تَنْقَضِي عِدَّتُهَا يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ أَوْ لَا يَمْلِكُهَا».

يجب على المعتدة أن تسكن في الموضع الذي كانت تسكنه قبل الطلاق لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطَّلَاق: ١]، والمراد بإضافة البيوت إليهن السُّكنى دون الملك، بدليل أنه خص المطلقة بذلك، وإذا كان البيت لها لم تختص المطلقة بتحريم إخراجها، وبدليل أنه قال: ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطَّلَاق: ١] ولو أراد ملكها لم تخرج بالفاحشة.

فإذا ثبت هذا لا يجوز له أن ينقلها عنه ولا يجوز أن تنتقل منه لظاهر الآية؛ لأن هذه السكنى تجب للعدة، والعدة (ق٨٦ب) حق اللَّه تعالى فلم يجز لهما التراضي على إبطال حق اللَّه تعالى، ويجوز النقل والانتقال في ثلاثة أحوالٍ:

أحدها: أن يكون المنزل عارية فيرجع المعير في العارية، أو كان بكراء فانقضت مدة الإجارة وطالب صاحبه بالانتقال.

والثانية: أن يكون المنزل للزوج ولكنه انهدم أو خيف انهدامه وهو غير حصين، أو جيرانها فسقة فيخاف عليها.

والثالثة: أن تأتي بفاحشةٍ مبينةٍ، وذلك عند الشافعي ما ذكره ابن عباس من البذاءة، على أهل زوجها.

فإن قيل: حقيقة الفاحشة الزنى لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ذَٰلِكَ﴾ [النِّسَاء: ٢٥]، وأراد به الزنى قيل: الفاحشة اسم الزنى وللأقوال الفاحشة، ولهذا يقال: أفحش فلان في مقالته.

فإذا تقرر هذا وأراد نقلها عند البذاءة على أهل زوجها ينقلها إلى أقرب المنازل إلى منزله الذي طلقها فيه، كما إذا عدم الفقراء في بلد المالي ينقل الصدقة إلى أقرب المواضع من البلد، وإنما يتصور هذا في دارٍ تجمعهم، فإن كانت داراً لا تسعهم يلزمهم أن ينتقلوا دونها، فإن انتقلوا عنها فبذأت بلسانها عليهم لم تنقل؛ لأن ذلك يمكنها في كل موضع تنتقل إليه، وتُنهى عن ذلك وتعزر، فإن بذت أحماؤها عليها ولم يكن من جهة شرٍّ نقلوا ولم تنتقل هي؛ لأن سكناها مستحقة لها، ولم يكن منها ما يفتح نقلها منه، وإن كانت في منزل أبويها فبذت عليها أو بذا أبويها عليها، ولم ينقل واحدٌ منهم؛ لأن الشر يطول منهم كما يطول منها ومن أحمائها، وإن كان معها في بيت أبويها أحماءها فبذت

(١) انظر الأم (٥/٢٩).

عليهم أبو بذوا عليها نقلوا ولم تنقل هي؛ لأنها أحق بسكنى منزل (ق٨٧أ) أبويها من أحمائها، وإن كانت في دارٍ أخرى لم تنقل إذا بذت عليهم، وإنما ذلك إذا كانوا في دارٍ واحدة على ما ذكرنا وإن كانت في دارٍ تملكها، فإن أقامت فيها بإجارة منه أو إعارةٍ جاز، وإن طلبت أن يسكنها في غيرها لزمه؛ لأنه ليس عليها أن يؤجر ملكها.

مسألة:

قَالَ(١): «فَإِنْ كَانَ بِكَرَاءٍ فَهُوَ عَلَى المُطَلِّقِ وَفِي مَالِ الزَّوْجِ المَيِّتِ».

السكنى إذا وجبت على المطلق وكانت في منزل بكراءٍ، يجب الكراء على المطلق بلا إشكالٍ. وقوله: «وَفِي مَالِ الزَّوْجِ المَيِّتِ» قال بعض أصحابنا: أجاب بقوله للمتوفى عنها زوجها السكنى، وحمله المزني على هذا ثم اعترض عليه فقال: هذا خلاف قوله في «باب عدة الوفاة» فإن كلامه هناك يدل على أنه لا سكنى لها على ما ذكر، والعجب من المزني حيث قال: في باب عدة الوفاة: «هذا خلاف قوله في الباب الثاني» ثم لما جاء إلى الباب الثاني كرر الكلام فقال: «هذا خلاف قوله في باب عدة الوفاة، ولا فائدة في هذا، فإن له في المسألة قولين مشهورين.

ومن أصحابنا من قال: معنى قوله: «وَفِي مَالِ الزَّوْجِ المَيِّتِ» غير ما اعتقده المزني وإنما معناه أن الزوج المطلق إذا مات قبل انقضاء عدة الطلاق الثلاث فمكنا بالتمام عدتها في مال الزوج الميت، فنقول للمزني: الشافعي لم يتعرض في باب عدة الوفاة لذكر السكنى عند الوفاة ولا في هذا الفصل، وقد نسبه إلى اختلاف القول وتناقضه في هذين البابين، وإنما ذكر الشافعي القولين في سكنى الوفاة بعد هذا حيث قال(٢): «وإن كانت هذه المسائل في موته ففيها قولان» (ق٨٧ب) وهذا يدل على أن ما قبله في المطلقة، وهذا ضعيف لأنه قال هناك: ففيها قولان، أحدهما: ما وصفت، فدل أنه أوجب السكنى للمتوفى عنها فلا يحسن أن يحمل على المطلقة.

مسألة:

قَالَ(٣): «وَلِزَوْجِهَا إِذَا تَرَكَهَا فِيمَا يَسَعُهَا مِنَ المَسْكَنِ وَسَتَرَ بَيْنَهُ وَبَيْنَها أَنْ يَسْكُنَ فِي سِوَى مَا يَسَعُهَا».

إذا أوجبنا السكنى فإنما تجب سكنى مثلها في العرف، فإن كانت من أهل الأقدار رفيعة الحال كثيرة المال والخدام، أسكنها داراً واسعة حسناء وإن كانت من أوساط الناس متوسطة الحال في المال والخدام، أسكنها داراً متوسطةٍ. وإن كانت من أراذل الناس دنيئة دميمة، أسكنها، داراً ضيقة في طرف البلد أو في الخان، وهذا لأن اللَّه تعالى

(١) انظر الأم (٥/ ٢٩).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٨).
(٣) انظر الأم (٥/ ٣٠).

أوجب السكنى مطلقاً، ولا حَدَّ له في اللغة ولا في الشريعة، فيرجع فيه إلى العرف والعادة كالأحراز والقبوض. وإنما ينظر إلى سكنى مثلها حين الطلاق ولا ينظر إلى سَكنها حال الزوجية؛ لأن الزوج قد يتطوع بأكثر من سكنى مثلها، فإن كانت ساكنةً في سكنى مثلها أقرب فيه، وإن كانت في أدون منها فإن رضيت بالمقام فيه جاز؛ وإن طلبت سكنى مثلها لزم أن يسكنها إلى أقرب المواضع إليه مما هو سكنى مثلها، أو يزيد فيه من بيتٍ آخر بجنبها. وإن كانت في أرفع فإن رضي الزوج به جاز، وإن لم يرض لا يجوز نقلها منه بلا سبب، وإن اتفقا على النقلةُ لم يجز أيضاً لما ذكرنا. وهل يجوز أن يسكن معها أو يلزمه أن ينتقل منها؟ يُنظر فإن كانت الدار كبيرة يمكنه أن يقطعها حجرتين يغلق كل واحدة بغلق منفرد، فتكون في إحداها وهو يكون (ق٧٧أ) في الأخرى، وإذا فعل ذلك وسعتها وتنفرد بمرافقها من البئر والمطبخ والرقي إلى السطح، ومثلها يسكنها في العادة جاز ذلك، وإلا فلا يجوز ويلزمه أن ينتقل منها حتى تنقضي عدتها.

وإن كان في الدار بيتان ولا يمكن قطعها حجرتين، فأراد أن يسكن هو في بيتٍ وهي في بيت آخر لم يجز، وإن كان على كل واحدٍ من البيتين باب يُغلق؛ لأن في المدخل والمخرج من باب الدار يحصل بينهما خلوة. قال الشافعي[1]: «إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ بَالِغٌ مِنَ الرِّجَالِ».

وقال بعض أصحابنا: «أو نساء ثقات». وقال أبو حامدٍ: اعتبر الشافعي بلوغ المحرم، وعندي إذا كان صبياً مراهقاً جلداً يتحفظ به جاز أيضاً؛ لأن الغرض أن لا يخلو الرجل بالمرأة الأجنبية.

وقيل: شرط الشافعي أن يكون من الرجال، وبالنساء لا يقع الحاجز عن قصد الفجور فلا يكتفي بالنساء.

وقال القاضي الطبري: الأمر على ما قال الشافعي، ولا يجوز إلا أن يكون بالغاً؛ لأن غير البالغ ليس بمكلف فلا يلزمه الإنكار للفاحشة.

قال الشافعي[2]: «ويكره ذلك مع هذا»؛ لأنه لا يمكن التحرز من النظر إلى الأجنبية وإن جاز على ما ذكرنا.

وقيل: إن الشافعي قال: «محرم ونساء ثقات» ولا شك أن هذا للاستحباب.

ولو كانا في بيتين من الخان فطلقها فانتقل الزوج إلى بيت بجنبها جاز، ويخالف بيتين في الدار؛ لأن الخلوة لا تحصل بينهما في بيتين من خان وتحصل في بيتين من دارٍ. وكل موضع أجزنى للمطلق أن يسكن مع المطلقة أجزنى للأجنبي أن يسكن (ق٨٨ب) معها، وما لا يجوز للمطلق لا يجوز للأجنبي.

ثم اعلم أن المزني قدم ههنا مسألة وجوب سكنى الوفاة وأردفها بالكلام في كيفية

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٩).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٩).

المسكن. ثم اعترض على مسألة وجوب السكنى على مسألة كيفية المسكن، فصار سواد الكتاب مشكلاً ملتبساً، وكان ينبغي أن يعطف على قوله: «أَنْ يَسْكُنَ فِي سِوَى [مَا] يَسَعُهَا» حكايته عن كتاب «النكاح والطلاق»: «لاَ يُغْلَقُ عَلَيْهِ وَعَلَيْهَا حُجْرَةٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ».

الفصل:

ويعطف اعتراضه في مسألة السكنى حيث قال الشافعي: «وَفِي مَالِ الزَّوْجِ المَيِّتِ». حتى يظهر المقصود ويرتفع الإشكال.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِنْ كَانَ عَلَى زَوْجِهَا دَيْنٌ لَمْ يَبِعْ مَسْكَنَهَا حَتَّى تَنْقَضِي عِدَّتُهَا».

الفصل:

إذا أراد الحاكم بيع هذه الدار بالدَّين، أو أراد الزوج بيعها وعليه دَين قبل الحجر، أو لا دَين عليه فأراد بيعها نُظر، فإن كانت عدتها بالحمل أو بالأقراء لم يصح البيع قولاً واحداً. ولو باع الدار المؤجرة هل يصح البيع؟ قولان. والفرق بينهما أن زمان العدة مجهول فلم يصح البيع، وليس كذلك المنفعة المستحقة في مدة الإجارة؛ لأنها معلومة فلم يضر استحقاقها، وإن كانت عدتها بالشهور من أصحابنا من قال: فيه قولان كبيع الدار المؤجرة، لأن المدة معلومة، وهو اختيار الماسرجسي. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ههنا قولاً واحداً، وهو اختيار صاحب «الإفصاح». والفرق أن المرأة لو ماتت في العدة رجعت المنفعة إلى زوجها؛ لأنها لم تدخل في البيع فيصير كأنه باعها واستثنى لنفسه تلك المنفعة ولا يجوز ذلك، وليس كذلك بيع المستأجر، فإن المستأجر إذا مات (ق٨٩أ) رجعت المنفعة إلى ورثته ولم ترجع إلى المؤاجر الذي باعها، وإن كان الذي باعها وارثاً رجعت المنفعة إليه إرثاً ولم ينفسخ عقد الإجارة، وفي المعتدة ترجع المنفعة إلى الزوج ويبطل استحقاقها، فلهذا فرقنا. أو نقول: هذه المنفعة بملكٍ للمرأة وإنما تبلغها على ملك الزوج؛ لأنها تملك استيفائها بنفسها خاصةً. ويجوز أن يسكنها في دارٍ مستعارة وإن كانت لا تملك منافعها، فلا يجوز أن تملك رقبة الدار من جهته، ويكون مستثنياً لمنفعة يملكها.

وقال ابن أبي هريرة: إنما اختلف أصحابنا إذا كانت عدتها بالشهور وهي صغيرة لا يحيض مثلها، أو آيسة. فأما إذا كان لها تسع سنين فأكثر ومثلها يحيض إلا أنها لم تحض فلا يجوز بيع الدار التي استحقت سُكناها قولاً واحداً؛ لأنَّا لا نأمن أن تحيض قبل

(١) انظر الأم (٥/ ٣٠).

انقضاء الشهور، فتحتاج أن تنتقل إلى العدة بالأقراء فتصير المدة مجهولة، وليس هذا التفصيل لغيره. ويلزمه على هذا أن يقول: إذا طلقها طلقةً وهي صغيرة لا يحيض مثلها أو آيسة لا يجوز بيع الدار قولاً واحداً؛ لأنَّا لا نأمن من أن يموت زوجها فتحتاج أن تنتقل إلى عدة الوفاة فتزيد المدة. هذا كله إذا طلقها قبل أن يحجر الحاكم عليه.

فأما إذا حجر الحاكم عليه ثم طلقها، فإن حقوق الغرماء قد تعلقت بعين ماله، فإذا طلقها تعلق حق سكناها بالدار فيباع ماله مع الدار، ثم يقسط ما يحصل من ثمنه على قدر ديونهم، وقدر أجرة السكنى والتي يستحقها ويكتري لها به في أقرب المواضع إليه موضعاً يسكنه حتى تنقضي عدتها. فإن نقص عن حقها كان ما بقي في ذمته تتبعه إذا أيسر. (ق٨٩ب) فإن قيل: إذا تعلقت حقوق الغرماء بماله ثم استدان لم يشاركهم الغريم الثاني، فذلك أن لا تشاركهم المرأة. [قلنا:] لأن حقهم أسبق قبل الدين ثبت للثاني بمعنى بعد الحجر فلم يشاركهم فيه، وليس كذلك المعتدة، فإنها استحقته بمعنى سبق الحجر وهو النكاح فافترقا. وأيضاً المجنى عليه يشارك الغرماء وإن كان متأخراً؛ لأنه ثبت حقه بغير رضاه، فكذلك حق السكنى ثبت بالطلاق من غير رضاها فوجب أن تشاركهم.

فإن قيل: السكنى تجب يوماً فيوماً فكيف ضربتم لها بأجرة جميعها؟ قيل: لأنَّا نقول: بل السكنى كلها واجبة بالطلاق بخلاف السكنى في النكاح في أصح القولين؛ لأنه يقدر على إسقاط السكنى بالطلاق ولا يقدر على إسقاط هذه السكنى بحالٍ.

فرع:

قال القاضي الطبري: قال أبو إسحاق في شرح نص الشافعي: على أن قسمة الدار التي فيها السكنى لا تجوز كما لا يجوز البيع. وصورته في امرأة وجب لها السكنى ثم مات الزوج وخلف ابنين فالدار لهما والسكنى لها حتى تنقضي العدة، فأراد قسمة الدار قبل انقضاء العدة، وهذا إذا قلنا القسمة بيع، فأما إذا قلنا القسمة إفراز النصيبين هل تصح القسمة؟ وجهان:

أحدهما: لا تصح كما لا تصح قسمة الدار المؤاجرة.

والثاني: تصح لأن المرأة لا ضرر عليها في قسمة الدار، فإنها إذا تلفت بعد القسمة طالبت بدينها سائر الورثة كما يكون لها قبل القسمة. وليس كذلك الدار المؤاجرة، فإنها إذا قسمت ثم انهدمت لم يكن للمستأجر أن يطالب كل واحدٍ منهما إلا بحصته، وربما انهدم نصيب أحدهما وكان مفلساً، فيؤدي إلى الإضرار به، فلهذا لم تصح قسمة الدار المؤاجرة على القولين معاً. واختار أبو إسحاق (ق٩٠أ) أنه لا يجوز قسمتها على القولين، وعلل بأنها قد استحقت السكنى فيها على صفة فلا يمكن تغيرها، كما لو آجر داراً من رجلين ثم أراد قسمتها لم يجز، ولكن لو أراد القسمة من غير تمييز بحاجزٍ جاز؛ لأنه لا ضرر عليها بذلك.

واعلم أن في سواد المختصر إشكالاً، وذلك أنه قال[1]: «وَإِنْ كَانَ عَلَى زَوْجِهَا دَيْنٌ

(١) انظر الأم (٥/ ٣٠).

لَمْ يَبِعْ مَسْكَنَهَا حَتَّى تَنْقَضِي عِدَّتُهَا، وَذَلِكَ أَنَّهَا مَلَكَتْ عَلَيْهِ سُكْنَى مَا يَكْفِيهَا حِينَ طَلَّقَهَا كَمَا يَمْلِكُ مَنْ يَكْتَرِي».

فقاس هذه الدار التي فيها المعتدة على الدار المكتراة، فأوهم أن المسألتين على سواءٍ وليستا على سواءٍ في جميع الحالات، وإنما يستويان في بعض الحالات إذا كانت عدتها بالشهور على ما ذكرنا. فأما إذا كانت عدتها بالأقراء فلا يجوز بيعها قولاً واحداً على ما ذكرنا. ويحتمل أن يكون الشافعي قصد حالتي العدة حيث يعلم المدة وحيث لا يعلم، ولكن أجاب في الإجارة على قول المنع، فقاس العدة على الإجارة على قصد الترجيح مع القياس، ووجه الترجيح ما أشرنا إليه أن البيع إذا كان باطلاً والمدة معلومة فهو بالبطلان أولى إذا كانت المدة مجهولة.

مسألة:

قَالَ[١]: «فَإِنْ كَانَ فِي مَنْزِلٍ لاَ يَمْلِكُهُ وَلَمْ يَكْتَرِهْ فَلأَهْلِهِ إِخْرَاجُهَا وَعَلَيْهِ غَيْرُهُ، إِلَّا أَنْ يُفْلِسَ فَتَضْرِبُ مَعَ الغُرَمَاءِ بِأَقَلِّ قِيمَةِ سُكْنَاهَا وَتَتْبَعُهُ بِفَضْلِهِ مَتَّى أَيْسَرَ».

أراد به أنها إذا كانت في دارٍ استعارها زوجها كان للمعير إخراجها منها؛ لأن العارية ليست بلازمةٍ.

قال الشافعي[٢]: «وعليه جبره» يعني إذا أخرجت من الدار المستعارة فعلى الزوج منزل غيره؛ لأنها تستحق السكنى عليه، فعليه أن يسكنها في أقرب المواضع إلى الدار التي كانت تسكنها (ق٩٠ب).

فإن قال قائل: الدار التي كانت فريعة بنت مالك تسكنها لم تكن لزوجها، فَلِمَ أَمرها رسول الله ﷺ بالاعتداد في تلك الدار؟ قلنا: إنما أمرها بذلك لعلمه بعادة أهل المدينة، فإنهم كانوا لا يعرفون يومئذٍ كراء الدار، بل كانوا يسمحون بسكنى منازلهم، وبفضول أموالهم. وهذا الجواب الذي ذكرنا جواب الشافعي، غير أنه ذكره في هذا الباب حيث قال[٣]: «لا نعلم أحداً ممن مضى بالمدينة أكرى منزلاً». ومن قرأ كلامه هذا في آخر الباب ظن أن ذلك الكلام غير مقيد، ولم يعلم أنه راجعٌ إلى هذه المسألة المذكورة في وسط الكلام.

فإن قيل: أليس إذا أعار بُقعة للبناء عليها أو جداراً لوضع الجذوع كانت تلك العارية لازمة، فهلا جعلتم هذه العارية لازمة كيلا تحتاج المعتدة إلى الخروج عن منزلها؟ قلنا: لا مشقة ولا ضرر في انتقال المعتدة، وفي نقل البناء والجذوع فساد وهدم وضررٌ،

---
(١) انظر الأم (٥/ ٣٠).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٨).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢١٧).

وإنما قوله: «إِلَّا أَنْ يُفْلِسَ فَيَضْرِبَ مَعَ الغُرَمَاءِ بِأَقَلِّ قِيمَةِ سُكْنَاهَا»: قال أصحابنا: معناه أن عدتها إن كانت بالأقراء وكانت لها عادة في الحيض والطهر حملت على عادتها، وضربت مع الغرماء بأجرة السكنى في زمان عادتها على مقدار ما تقتضيه عادتها، وإن لم تكن لها عادة ضربت بأقل ما يكون من الحيض والطهر، وهو أن يُحسب الحيض يوماً واحداً والطهر خمسة عشر يوماً، فيكون اثنان وثلاثون يوماً وساعة، وإن كانت عادتها بالحمل فإن كانت عادتها في الولادة حملت على عادتها. (ق٩١أ) وإن لم يكن لها عادة في الولادة حملت على الأقل، وذلك ستة أشهر. وإن كانت عادتها بالأشهر فهي معلومة ضربت أجرة ثلاثة أشهر لا تنقص منها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا لم يكن لها عادة في الولادة حملت على الغالب وهو تسعة أشهر، وهو اختيار صاحب «الحاوي»[1]. قال: وكذلك في الأقراء تضارب في الغالب من مدة الأقراء وهي ثلاثة أشهر لا بأقل ما يكون. والدليل على صحة هذا أنها لو كانت معتادة حملت على عادتها مع جواز النقصان، ولم تحمل على اليقين في الأقل، ففي غير المعتادة تحمل على الغالب من عادة غيرها ولا تحمل على اليقين في النقصان.

قال أصحابنا: فإذا ضربت بذلك ثم نقصت عدتها عما أخذته ردت الفضل وقسم بينهم على قدر حقوقهم. وإن زادت ذلك قال القاضي الطبري: نص الشافعي أنها تتبعه بالزيادة، وإذا أيسر بخلاف الغريم إذا أحدث؛ لأنها ضربت بهذا القدر مع العلم بجواز الزيادة عليه فيخالف الغريم الذي لم يعلم به. وأيضاً حق الغريم لم يتحدد بعد القسمة والزيادة ههنا تحددت بعد القسمة فلم يشارك الغرماء المتقدمين.

ومن أصحابنا من خرَّج فيه وجهاً آخر أنها تدخل على الغرماء فتأخذ من كل منهم بحصته كما ظهر غريم آخر. وهذا أقيس؛ لأنَّا نبين استحقاقها في الأول حين طالت العدة فصار كظهور الدين.

ومن أصحابنا من ذكر وجهاً ثالثاً وهو إن كانت الزيادة في الحمل رجعت بها على الغرماء، وإن كانت في مدة الأقراء لم ترجع بها عليهم؛ لأن وضع الحمل مشاهد يمكن أن تقوم به بينة، وهذه الأقراء مضنونة لا تقوم بها بينة، ويرجع إلى قولها في حق الزوج دون غيره (ق٨١ب) وهذا ضعيف.

ومن أصحابنا من حكى عن أبي إسحاق أنه قال: لا حق لها أصلاً في الزيادة؛ لأنَّا دفعنا إليه ذلك القدر مع علمنا قد يستحق زيادة عليه. وهذا لا يصح عنه، والصحيح أنه اختار ما نص الشافعي عليه.

وأما قول الشافعي: «تَضْرِبُ مَعَ الغُرَمَاءِ بِأَقَلِّ قِيمَةِ سُكْنَاهَا»: أراد بذكر الأقل اختلاف أجرة المساكن لا مدة العدة، وذلك أنها لا تجد مسكناً واسعاً كل شهر بدينارٍ في

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٥٥).

محلةٍ عزيزة المساكن، وتجد بنصف دينار أو سدس دينار مسكناً يكفيها في محلةٍ أخرى حصينة، فلا تضرب إلا بالأقل.

مسألة:

قَالَ[(١)]: **«وَإِنْ كَانَتْ هَذِهِ المَسَائِلُ فِي مَوْتِهِ فَفِيهَا قَوْلاَنِ»**.

الفصل:

أراد به أن في وجوب السكنى للمتوفى عنها قولان:

أحدهما: لها السكنى. وبه قال عمر، وعثمان، وابن عمر، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وأم سلمة، ومالك، والثوري، وأحمد رضي اللّٰه عنهم وهو الأظهر. والدليل عليه الخبر الذي ذكرنا.

وروي عن القاسم بن محمد أن عائشة رضي اللّٰه عنها، كانت تخرج المرأة وهي في عدتها من وفاة زوجها. [قال:] فأبى ذلك الناس إلا خلافها فلا نأخذ بقولها وندع قول الناس[(٢)].

والقول الثاني: أن لا سكنى لها. وهو اختيار المزني، وبه قال علي، وابن عباس، وعائشة، وعطاء، وأبو حنيفة، والحسن، وجابر بن زيد رضي اللّٰه عنهم، وروي أن علياً نقل أم كلثوم بعد موت عمر رضي اللّٰه عنهم بسبع ليالٍ[(٣)]. وقيل: النقل لأنها كانت في دار الإمارة.

واحتجوا بأن لا نفقة لها؛ لأن الملك انقطع بالموت فكذلك السكنى (ق٩٢أ) قال المزني: وقد أجمعوا أن من وجبت له نفقة وسكنى من والدٍ وولدٍ على رجل فمات انقطعت النفقة لهم والسكنى؛ لأن ماله صار ميراثاً لهم، فكذلك امرأته وولده وسائر ورثته يرثون جميع ماله. والجواب عن هذا: لأن هذا لا يشبه النفقة؛ لأن المطلقة الثلاث تستحق السكنى بكل حالٍ ولا تستحق النفقة لنفسها، فإن كانت حاملاً وجبت النفقة للحمل، فكيف يجوز المزني أن يستشهد بالنفقة على السكنى؟ ولأن النفقة بمقابلة التمكين من الاستمتاع ولا تمكين ههنا، والسكنى لتحصين الماء وهذا موجود ههنا فافترقا.

وأما الوالد والولد فنفقتهما وسكناهما لا تصيران قط ديناً في الذمة، ونفقة النكاح وسكناه مما يصير ديناً في الذمة فكانت آكد. فإذا قلنا لها السكنى، فإذا كان المنزل ملكاً للزوج سكنه مدة العدة، وإن لم يكن ملكاً ولكنه كان مستعاراً، فإن رضي صاحبه بإقرارها فيه أقرت، وإن لم يرض صاحبه فعلى الورثة أن يكنزوا من مال الميت لها مسكناً في

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٠).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥١٠).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٠٨)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٦٦).

أقرب المواضع، فإن لم يكن له وارث فعلى السلطان أن يفعل ذلك من ماله، وإن لم يخلف مالاً فتبرع الورثة بإسكانها لزمه ذلك كما ذكرنا، ولا يلزم السلطان أن يكتري لها من سهم المصالح، إلا أن يرى ريبة فيلزمه إسكانها.

وإذا قلنا: لا سكنى لها، قال الشافعي: «فَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يُسْكِنُوهَا حَيْثُ شَاؤُوا إِذَا كَانَ مَوْضِعُهَا حِرْزاً وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْتَنِعَ وَلِلسُّلْطَانِ أَنْ يَخُصَّها حَيْثُ تَرْضَى لِئَلاَّ يَلْحَقَ بِالزَّوْجِ مَنْ لَيْسَ لَهُ»، يعني إذا لم يكن له ورثة، فإن لم يفعلوا ذلك فلها أن تسكن حيث شاءت.

فرع:

لو تطوع أجنبي بسكناها فيسبر حاله، فإن كان متهوماً ذا ريبةٍ لم نتعرض لها، (ق٩٢ب) وإن كان سليماً ذا دين قام بذله لسكناها مقام بذل الوارث، ولزمها أن تسكن حيث يسكنها إذا كان مسكن مثلها وأمنت على نفسها، فيعتبر هذين الشرطين في وجوب السكنى عليها فإن رضيت بدون مسكن مثلها جاز، وإن رضيت بما لا تأمنه على نفسها لم يجز.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ أَذِنَ لَهَا أَنْ تَنْتَقِلَ فَنَقَلَتْ مَتَاعَهَا وَخَدَمَهَا وَلَمْ تَنْتَقِلْ بِبَدَنِهَا حَتَّى مَاتَ أَوْ طَلَّقَ اعْتَدَّتْ فِي بَيْتِهَا الَّذِي كَانَتْ فِيهِ».

كلما أوجبنا لها السكنى فأذن لها في النقلة من دارٍ إلى دارٍ في جوف البلد فالاعتبار بالبدن دون الرحل والمال، فإن مات أو طلقها فإن كانت في الدار الأولى اعتدت فيها دون الثانية سواء نقلت الرحل والمال أو لم تنتقل. وقال أبو حنيفة بالرحل والمال فتعتد في الدار التي نقلت إليها المال والرحل. وهذا غلط؛ لأن المعتدة لو انتقلت ببدنها إلى دارٍ أخرى وتركت قماشها في الدار التي طلقها فيها عصت، ولو نقلت قماشها ولم تنتقل ببدتها لم تعص، فدل على ما قلناه.

وعلى هذا إن انتقلت ببدنها ثم رجعت إلى الدار التي انتقلت عنها لنقل قماشها فطلقها أو مات عنها اعتدت في الدار التي انتقلت إليها، ومجيئها إلى الدار الأولى لنقل قماشها بمنزلة دخولها إلى دار بعض جيرانها اعتباراً به.

فرع:

قال في «الأم»[2]: لو انتقلت بغير إذن زوجها ثم طلقها أو مات عنها لزمها أن ترجع فتعتد في بيتها الذي كانت تسكن معه فيه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٠، ٣١).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٠٩).

فرع آخر:

قال في «الأم»[1] لو انتقلت بغير إذنه فأذن لها في المقام في ذلك المنزل ثم طلقها أو مات عنها اعتدت فيه كما لو انتقلت بإذنه، (ق٩٣أ) وسواء أذن لها في منزلٍ بعينه أو قال لها: انتقلي حيث شئت ثم طلقها أو مات كان لها أن تعتد حيث انتقلت إليه.

فرع آخر:

لو أذن لها بالانتقال من دارٍ إلى دارٍ ثم طلقها بعد خروجها من الدار الأول وقبل وصولها إلى الدار الثانية فيه ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: قاله أبو إسحاق عليها أن تعتد في الدار الثانية؛ لأنها صارت المسكن بقصدها وقصد استيطانها فيها، وخرجت الأولى عن كونها مسكنها بمفارقتها بهذه النية. وقيل: نصَّ على هذا في «الأم»[2].

والثاني: إنها بالخيار بين أن يرجع إلى الدار الأولى وبين أن تنتقل إلى الثانية؛ لأنه بينهما فتختار ما شاءت.

والثالث: يعتبر القرب، فإن كانت إلى الدار الأولى أقرب اعتدت فيها، وإن كانت إلى الثانية أقرب اعتدت فيها.

فرع آخر:

لو كان أذن لها في النقلة إلى بلدٍ والاستيطان فيه، ثم طلقها أو مات عنها، فإن كان ذلك بعد وصولها إلى ذلك البلد لزمها أن تعتد فيه، ولم يجز لها أن ترجع إلى البلد الذي انتقلت منه.

قال في «الأم»[3]: فإن كان له وكيل حاضر أو وارث كان له أن ينزلها حيث ترضى من المصر حتى تنقضي عدتها، وإن لم يكن وكيل ولا وارث كان على السلطان أن يحصنها حيث ترضى لئلا يلحق بالميت أو المطلق ولدٌ ليس منه، وإن كان ذلك وهي في الطريق اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يجوز لها أن ترجع إلى البلد الذي انتقلت منه، وهو قول أبي إسحاق. والثاني بالخيار، إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت على وجهها، ويجيء ثمَّ الوجه الثالث الذي ذكرنا في الفرع قبله.

مسألة:

قَالَ[4]: «وَلَوْ خَرَجَ بِهَا مُسَافِراً أَوْ أَذِنَ لَهَا فِي الحَجِّ (ق٩٣ب) فَزَايَلَتْ مَنْزِلَهُ فَمَاتَ أَوْ طَلَّقَهَا ثَلاَثاً فَسَواءٌ لَهَا الخِيَارُ فِي أَنْ تَمْضِي به لِسَفَرِهَا ذَاهِبَةً أَوْ جَائِيَةً».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٠٩).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٠).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢١٠).
(٤) انظر الأم (٥/ ٣٢).

الفصل:

جملته أنه إذا طلقها أو مات عنها قبل خروجها من بيتها لزمها أن تعتد فيه، ولم يجز لها أن تخرج لسفرها، وإن كانت قد شدت رحلها أو اكترت لا تخرج أيضاً لا يختلف المذهب فيه. وإن كانت قد خرجت ولم تفارق بنيان البلد اختلف أصحابنا فيه، قال الاصطخري: لا يلزمها الرجوع وهو ظاهر منصوص الشافعي؛ لأنه قال: «فَزَايَلَتْ مَنْزِلَهُ» ولم يعتبر شرطاً آخر، وقد صرح في «الأم»[1] بهذا فقال: «ولو كان أذن لها أن تخرج إلى الحج فلم تخرج حتى طلقها أو مات لم يكن لها أن تخرج إلى الحج، ولو خرجت من منزله ففارقت المصر أو لم تفارقه إلا أنها قد فارقت منزله بإذنه للخروج للحج ثم مات أو طلق كان لها أن تمضي في وجهها» وهذا نص لا يحتمل إلا ما قاله الاصطخري، وهذا لأن مزايلتها منزله بإذنه فسقط عنها حكمه. وقال أبو إسحاق: يلزمها أن ترجع فتعتد في منزله إلا أن يكون قد فارقت بنيان البلد؛ لأنها ما دامت في البلد فهي على حكم المقام فيلزمها أن تعتد فيه، كما لو لم تخرج من منزلها، ولهذا لو أرادت أن تقضي الصلاة ليس لها ذلك ما لم تفارق آخر بنيان البلد. وهذا اختيار القفال، قال: ومعنى قوله: «فزايلت منزله» أي عمارة بلده أو منزل مقامه، ومنزل مقامه بلده.

وقال ابن أبي هريرة: من أصحابنا من ذكر وجهاً ثالثاً أنه لا يستقر حكم دخولها في السفر حتى تنتهي إلى مسافة يوم وليلة اعتباراً بالسفر الذي يستباح فيه الرخص ما لم تبلغ إليها يلزمها أن تعود وتعتد في منزلها. واحتج هذا القائل بما قال الشافعي في «الأم»: «ولو أذن لها (ق٩٤أ) إلى سفرٍ يكون مسيرة يومٍ وليلةٍ غير حجة الإسلام لم يكن لها أن تخرج إلا مع ذي رحم محرم، فإن خرجت من منزله ولم تبلغ السفر حتى طلقها أو مات كان عليها أن ترجع فتعتد في منزله». وهذا لا يصح؛ لأن الشافعي أمرها بالرجوع في هذه المسألة لعدم المحرم لا لقرب السفر، ألا ترى أنه استثنى حجة الإسلام فقال: «غير حجة الإسلام»؛ لأن في حجة الإسلام لا يعتبر المحرم، وقصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال: لها أن تسافر سفر التطوع أقل من ثلاثة أيام بلا محرم، ولأن الشافعي ذكر هذه المسألة عقيب المسألة التي حكاها عن «الأم»، ولا يذكر قولين في مسألتين متواليتين.

وقال ابن أبي هريرة: الصحيح ما قاله الاصطخري أن الاعتبار بمفارقة المنزل دون مفارقة المصر واعتبار اليوم والليلة، ولا معنى لترك المنصوص إلى الاجتهاد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن أذن لها في الحج فخرجت عن منزلها ثم طلقها قبل أن تفارق عمران بلدها لها أن تمضي إلى الحج، ولو كان سفراً آخر يلزمها الرجوع إلى منزلها؛ لأن الشافعي غاير في العبارة ههنا فقال: «وَلَوْ خَرَجَ بِهَا مُسَافِراً» يعني فارق العمارة. ثم قال: «أَوْ أَذِنَ لَهَا فِي الحَجِّ فَزَايَلَتْ مَنْزِلَهُ فَمَاتَ»، فذكر مزايلة المنزل في

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٩).

الحج، وهذا لا يصح. ولا فرق بين سفر الحج وغيره، ولو جاز أن يحمل هذا اللفظ في الحج على مسكنه لا على بلده لجاز أن يدعي مثل هذا في لفظ الخروج حيث قال: «وَلَوْ خَرَجَ بِهَا مُسَافِراً»؛ لأنه إذا خرج عن داره سمي خارجاً كما يسمى بمفارقة العمران خارجاً، وإذا حمل الخروج على الخروج من الدار وجب أن يحمل مزايلة المنزل على الخروج من الدار، ويحمل كلاهما على الخروج من عمارة البلد (ق٩٤ب) ولا وجه للفرق.

وقال أبو حنيفة: إذا طلقها أو مات، فإن كان بينها وبين منزلها دون مسيرة ثلاثة أيام يجب عليها الرجوع وإن كان مسيرة ثلاثة أيام فإن كان بينهما وبين الموضع الذي قصدته ثلاثة أيام، فإن كان الموضع الذي هي فيه موضع إقامةٍ أقامت فيه، بأن يكون قرية آهلة، وإن لم يكن موضع إقامةٍ كان لها أن تمضي إلى مقصدها. واحتج بأن إنشاء السفر الصحيح محرم عليها في منزلها فكان محرماً عليها في سفرها. وهذا غلط؛ لأن العدة وجبت عليها وهي مسافرة فلم يلزمها الرجوع عن سفرها، كما لو كان بينها وبين مسكنها مسيرة ثلاثة أيام. ويفارق هذا إذا كانت في منزلها؛ لأنها لا تنشىء سفراً وإن قل بخلاف ما لو كانت مسافرة.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: إن كانت إلى البلد الذي خرجت منه أقرب يلزمها الرجوع، وإن كانت إلى البلد المقصود أقرب يلزمها المضي إليه. وإن بعدت من هذا البلد ولم تقرب من ذلك البلد تخيرت بين الرجوع والمضي.

فإذا تقرر ما ذكرنا أنه لا يلزمها العود فهي بالخيار بين الرجوع والعود، فإن خرجت قال الشافعي[(١)]: «وَلَا تُقِيم فِي المِصْرِ الَّذِي أَذِنَ لَهَا فِي السَّفَرِ إِلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَذِنَ لَهَا [فِي المُقَامِ] فِيهِ أَوْ النَّقَلَةِ إِلَيْهِ فَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَيْهَا إِذَا بَلَغَتْ ذَلِكَ المِصْرَ».

وجملته أن ينظر فيه، فإن كان أذن لها في السفر إلى المصر الذي قصدته لزيارة لا يخلو إما أن يكون جعل لها مدةً أو لم يجعل لها في ذلك مدة، فإن لم يجعل لها مدة قال الشافعي[(٢)]: «لم تقم فيه أكثر من مقام مسافرة وهو ثلاثة أيام». وإن جعل لها مدة فيه قولان:

أحدهما: لا تقيم فيه أكثر من مقام مسافرٍ وهو ثلاثة أيام؛ لأنه لم يأذن لها في الإقامة (ق٩٥أ) المطلقة، فصار كما لو أطلق الإذن.

والثاني: وهو الأصح أنها تقيم حتى تستوفي المدة، وهو اختيار المزني؛ لأنها مدة مأذون فيها فكان لها استيفاؤه، ألا ترى أن الشافعي أباح لها أن تخرج في سفرها إلى الغاية التي تريدها؛ لأن هذه المدة مأذون فيها فكذلك مدة المقام.

ومن قال بالأول فصل بينهما بأن عليها مشقّة في الرجوع من الطريق ولا مشقة عليها في ترك مدة المقام.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١١).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢١١).

وإن أذن لها في الخروج إلى المصر الذي قصدته لقضاء الحج والعمرة أو قضاء لدين، أو استحلال من مظلمةٍ، أو إيصال كتابٍ أو حاجةٍ يمكن قضائها عاجلاً لا يجوز لها أن تقيم فيه أكثر من مدة قضاء الحاجة، ويلزمها أن تخرج عقيب قضاء الحاجة.

ومن أصحابنا من قال ههنا: لها أن تقيم مقام مسافر وهو ثلاثة أيام. وهذا غلط، بل هذا في سفر النزهة والزيارة. قلنا في هذا الموضع نهاية سفرها قضاء حاجتها لا غير، وإذا ألزمنا الخروج لا فرق بين أن تكون قد بقي من عدتها ما تنقضي في الطريق ويبقى عليها بقية تقضيها في بيت زوجها. نص عليه في «الأم»[1] لأنها لو أقامت كانت هذه الإقامة غير مأذون فيها فلا يجوز لها ذلك، وأيضاً المكان الذي تعود فيه أقرب إلى منزله من الموضع الذي تقيم فيه فكان أولى.

وقال أبو إسحاق: إن بقي من عدتها ما لا ينقضي في الطريق ترجع، وإن بقي من عدتها قدر ينقضي في الطريق كان لها أن تكملها في البلد الذي هي فيه ولا يجب عليها الرجوع؛ لأن إتمام العدة في ذلك البلد خير من إتمامها في الطريق. وهذا اختيار القفال، وهذا كله إذا وجدت رفقة (ق٩٥ب) مأمونةً في الرجوع إلى بلدها، فإن لم تجد كان لها أن تقيم فيه إلى أن تجد رفقة مأمونةً وكان ذلك عذراً في المقام.

وأما قوله في السواد: «إلا أن يكون أذن لها في المقام فيه أو النقلة إليه» فحذف المزني «المقام» ولا بد منه، ثم قال: «فيكون ذلك عليها» وفي بعض نسخ المزني: «فيكون ذلك لها» فمن قرأ «عليها» قال: هذا راجع إلى مسألة النقل. فأما إذا أذن لها بالمقام مدة لا يلزمها أن تقيم بل لها أن ترجع، والقولان فيه: «هل لها أن تقيم» ومن قرأ «لها» فهو جواب في المسألتين جميعاً، فإن لم يكن قضاء حاجتها في ثلاثة أيام فنقول: أُخرج اليوم، أخرج غداً فلها ذلك إلى أن تنقضي حاجتها.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَإِنْ كَانَ أَخْرَجَهَا مُسَافِرَةً أَقَامَتْ مَا يُقِيمُ الْمُسَافِرُ مِثْلَهَا ثُمَّ رَجَعَتْ فَأَكْمَلَتْ عِدَّتَهَا».

أراد به أنه إذا كان الزوج أخرجها مع نفسه في السفر ثم مات في بعض البلاد لزمها أن ترجع إلى بيتها وتقعد فيه، ولا يجوز لها أن تقيم إلا مقام مسافرٍ إلا أن لا تجد رفقةً على ما قدمناه.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَلَوْ أَذِنَ لَهَا فِي زِيَارَةٍ أَوْ نُزْهَةٍ فَعَلَيْهَا أَنْ تَرجِعَ؛ لأَنَّ الزِّيَارَةَ لَيْسَتْ مُقَاماً».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

(٢) انظر الأم (٥/ ٣٢).

(٣) انظر الأم (٥/ ٣٢).

هذه المسألة تخالف ما قبلها فتحتاج إلى تأويل، فقال أبو إسحاق: أراد به الزيارة والنزهة في جوف البلد، فعليها العود؛ لأن الطلاق صادفها وهي مقيمة في البلد، والمسألة المتقدمة في السفر فلا يلزمها العود هناك. ومن أصحابنا من قال: أراد به أنه إذا أذن لها في السفر لزيارةٍ أو نزهةٍ فأقامت ثلاثاً ثم طلقها فعليها أن ترجع؛ لأن الزيارة والنزهة (ق٩٦أ) ليست مقاماً، وقد فسره الشافعي في «الأم»[١] فقال: «إن كان أذن لها في زيارة أهلها أو النزهة إلى موضع في المصر أو خارجاً منه فخرجت إلى ذلك الموضع الذي أذن لها فيه ثم مات عنها أو طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة، فعليها أن ترجع إلى منزله فتعتد فيه؛ لأن الزيارة ليست مقاماً»، ومعناه أنه لم يأذن لها في المقام في موضع آخر فيكون ذلك بمنزلة ما لو أذن لها في دخول السوق لحاجة ثم مات لزمها العود إلى بيت زوجها.

فرع:

قال في «الأم»[٢]: ولو قال لها في المصر: اسكني هذا البيت شهراً أو هذه الدار سنة كان هذا مثل قوله لها في السفر: أقيمي في بلد كذا وكذا شهراً أو سنةً وقد خرج من السفر قولين. ثم عطف هذه المسألة عليها وسوى بينهما فجعل في المسألتين جميعاً قولين وقد بيناه.

والفرق بين هذه المسألة وبين الإذن في الزيارة والنزهة حيث أوجب عليها الرجوع قولاً واحداً، أن الإذن في الزيارة والنزهة ليس بإذن في المقام فيلزمها الرجوع، بخلاف هذا فإنه أذن في المقام فلم يلزمها أن ترجع في أحد القولين، كما لو أذن لها في النقلة.

قال القفال: فإن قلنا لها قدر المدة المضروبة لو لحقها في الطريق مضت على وجهها إن شاءت، وإذا قلنا بالقول الآخر فعليها أن ترجع ولا تمضي على وجهها إذا لم يكن قصد إلا النزهة ولم يكن عليها في الرجوع مشقة. فأما الزيارة فهي أمر مقصود، فتمضي وتزور وترجع في الحال، وهذا حسن ولكنه خلاف ظاهر المنصوص.

فرع آخر:

قال في «الأم»[٣]: لو أذن لها في زيارة أهلها، ثم قال قبل الطلاق والموت: إنما نقلتها إليه (ق٩٧ب) ولم تعلم هي كان عليها أن تقيم حيث أقرَّ أنه أمرها أن تنتقل؛ لأن النقلة إليه وهي منتقلة فلم يكن لها الرجوع.

فرع آخر:

قال أيضاً[٤]: لو أذن لها بعد الطلاق الذي لا يملك فيه الرجعة أو يملكها قبل أن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٠).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١١).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢١١).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢١١).

يرتجعها، أو قال لها في مرضه: إذا مت فانتقلي حيث شئت فمات لم يكن لها أن تعتد في غيره.

فرع آخر:

لو قال: إنما انتقلت ولم ينو هو النقلة، قال: إنما أرسلتك زائرة ثم مات أو طلقها، كان عليها أن ترجع فتعتد في بيته؛ لأن النقلة ليست لها إلا بإذنه.

فرع آخر:

لو طلقها وهي في مسكن مستعار فأراد الزوج نقلها منه إلى مسكن يكتريه، فإن كان في بلدٍ عرف أهله العارية لم يكن له نقلها ما لم يرجع أهله في العارية، وإن كان في بلدٍ عرف أهله الكراء ففي جواز نقله منه وجهان:

أحدهما: ليس له نقلها ما لم يرجع في الإعارة كالبلد المعهود إعارته.

والثاني: له نقلها منه لئلا يلحقه من المنةِ فيه ما لا يلحقه في البلد المعهود إعارته.

فرع آخر:

لو كانت في بيت بعاريةٍ في العدة فنقلها مالكها فعادت إلى بيت آخر، ثم بذل المالك الدار الأولى، فإن بذل بالعارية لم يلزمه رَدُّها إليه، وإن بذل بالإجارة فإن كان المنزل الثاني بالعارية يلزم رَدُّها إلى الأولى، وإن كان المنزل الثاني بالإجارة فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزم الانتقال تغليباً لحكم الاستقرار فيه.

والثاني: يلزم الانتقال إلى الأول تغليباً للمنزل الذي كان الطلاق فيه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلاَ تَخْرُجَ إِلَى الحَجِّ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ وَلاَ إِلَى مَسِيرَةِ يَوْمٍ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ حُجَّةَ الإِسْلاَمِ (ق١٩٧أ) وَتَكُونَ مَعَ نِسَاءٍ ثِقَاتٍ».

ذكر الشافعي في «الأم» ثلاث مسائل؛ مسألتان في «باب حكم العدة» والثالثة في «باب الحج» فترك المزني مسألتي العدة ونقل مسألة الحج، وإنما تركهما لأنه قد نقل قبل هذا من الإذن في السفر ما يدل على حكم المسألتين. إحداهما قال: «ولو خرجت من منزله ففارقت المصر أو لم تفارقه إلا أنها قد فارقت منزله بإذنه للخروج إلى الحج، ثم مات أو طلقها كان لها أن تمضي في وجهها وتقيم فيه مقام الحج لا تزيد فيه وتعود مع الحاج فتكمل بقية عدتها في منزله إلا أن يكون أذن لها أن تقيم بمكة أو في بلدٍ غيرها إذا قضت الحج، فيكون هذا كالنقلة وتقيم في ذلك البلد». ثم ذكر هذه المسألة الثالثة وليست

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٢).

من مسائل العدة وإنما هي من مسائل الحج.

وجملته أنه شرط في السفر الذي ليس بواجبٍ صحبة محرم ولم يشترطه في حجة الإسلام، بل شرط فيها صحبة نساء ثقات، وصرح ههنا بالفرق وعند أبي حنيفة يشترط المحرم في حجة الإسلام على ما ذكرنا في «كتاب الحج». واختلف أصحابنا في أقل النساء الثقات على ثلاثة أوجه:

أحدها: تكفي واحدة.

والثاني: تكفي ثنتان.

والثالث: لا بد من ثلاث نسوة.

ومن أصحابنا من قال: لا يشترط المحرم في سفر التطوع أيضاً ويكفي صحبة النساء الثقات. وهو اختيار القفال، قال: لأن الشافعي لم يفرق بين سفر الواجب وغيره في الجواز، وإنما فرق في الكراهة فكره في غير الواجب الخروج مع النساء الثقات دون المحرم ولم يكن في الواجب ذلك، وهذا خلاف النص الظاهر ههنا.

وحكي عن ابن أبي هريرة أنه قال: إن كانت الطريق (ق٩٧ب) آهلة آمنة لها أن تخرج وحدها، فقيل له: يلزمك أن تجوّز مثل هذا في السفر المباح، فقال: اختلفا في الأمرين جميعاً، فلم يجعل لها أن تخرج في السفر المباح إلا مع ذي رحم محرم؛ لأنه لا ضرورة بها إلى ذلك، وجعلنا لها أن تخرج وحدها في حجة الإسلام؛ لأن ذلك فرض عليها احتياطاً للفرض.

فرع:

قال في «الأم»[1]: لو أحرمت بإذن زوجها بالحج أو العمرة ثم طلقها أو مات فإن كانت لا تخاف من العدة فواته كان كما لو لم تحرم، وقد بيناه. وإن خافت فوات الحج لزمها أن تخرج؛ لأن الحج والعدة إذا اجتمعا وتضيقا ولم يمكن الجمع بينهما قدمنا الحج لسبق إحرامه على العدة؛ ولأنها إذا خرجت للحج أتت بالعبادتين جميعاً وتركت صفة العدة، وإذا اعتدت تركت الحج حتى يفوتها فكان الجمع بين العبادتين مع الإخلال بصفة أحدهما أولى. وقال أبو حنيفة: عليها أن تقيم وتعتد ولا يجوز لها الخروج سواء كان الوقت ضيقاً أو واسعاً، خاف الفوات أو لم يخف. ولو طلقها أولاً ثم أحرمت فعليها العدة في منزلها، فإن فاتها الحج تحللت بعمل عمرة وعليها قضاء الحج؛ لأن العدة أسبق. وكذلك إذا أذن لها في الحج ثم طلقها ثم أحرمت؛ لأن الإحرام لم يتعين عليها بإذنه، ويتعين أن تسكن في منزلها، وإن سبقه الإذن بالإحرام فالاعتبار بما تعين أولاً.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١١).

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ صَارَتْ إِلَى بَلَدٍ أَوْ مَنْزِلٍ بِإِذْنِهِ وَلَمْ يَقُلْ لَهَا أَقِيمِي ثُمَّ طَلَّقَهَا فَقَالَ: لَمْ أَنْقُلْكِ، وَقَالَتْ: نَقَلْتَنِي فَالقَوْلُ قَوْلُهَا إِلَّا أَنْ تُقِرَّ هِيَ أَنَّهُ كَانَ لِلزِّيَارَةِ أَوْ مُدَّةٍ تُقِيمُهَا فَيَكُونَ [عَلَيْهَا أَنْ تَرْجِعَ وَتَعْتَدَّ فِي بَيْتِهِ] وَفِي مُقَامِهَا قَوْلَانِ».

الفصل:

في بعض نسخ المزني: (ق٩٨أ) «ولم يقل لها أقيمي أو لا تقيمي» والأول أصح. واختلف أصحابنا في صورة المسألة، فقال أبو إسحاق: صورة المسألة أن يأذن لها في الخروج من بيته إلى موضعٍ ثم مات وقع الاختلاف بينها وبين ورثة زوجها، فقالت هي: أذن لي في الخروج وقصدَ بالإذن النقلة إليه، فلا يجوز لي الرجوع. وقال الورثة: لم يقصد بذلك فعليك الرجوع، فالقول قولها مع يمينها؛ لأن ضميره معيب عنها والمرأة صاحبة فجعل القول قولها. وأما إذا كان الاختلاف بينها وبين زوجها فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أعلم بضميره منها.

قال أبو إسحاق: وإنما جعل الشافعي في «الأم» القول قولها: إذا كان الخلاف مع الورثة، إلا أن المزني ظن أن يكون عنده حكم في المسألتين سواء، فأطلق الجواب، وهذا لو ادعت أصل الإذن كان القول قوله، فلذلك إذا ادعت وصفاً في الإذن كان القول قوله.

ومن أصحابنا من قال: القول قولها مع الزوج ومع الورثة؛ لأنه إذا أذن لها فالظاهر من إطلاقه النقلة فكان القول قولها، ونص الشافعي على هذا التعليل، فقال أصحابنا: هو بمنزلة شيء في يدها ويدعي الزوج عليها ذلك فيكون القول قولها مع يمينها، فكذلك ههنا. وأيضاً سفر النقلة واحد وسفر العود اثنان، فكان القول في الثاني قول مكره. وهذا اختيار جماعة من أصحابنا.

وقال القاضي الطبري: ظاهر كلامه في «الأم» هذا دون ما ذكره أبو إسحاق؛ لأنه ذكر اختلافهما مع الورثة وقال: «القول قولها»، ثم قال: «ولو قال لها اخرجي إلى موضع كذا أو مصر كذا، فخرجت إليه (ق٩٨ب) فلم يقل لها حجي، ولا أقيمي، ولا ارجعي منه، ولا ترجعي إلا أن تشائي ولا زوري فيه أهلك أو بعض معارفك، كانت هذه نقلة وعليها أن تعتد في ذلك الموضع من طلاقه أو وفاته إلا أن تقر هي أن ذلك الإذن إنما كان لزيارة أو مدة تقيمها فيكون عليها أن ترجع إذا بلغتها الوفاة فتعتد في بيته، وفي مقامها قولان»، فأطلق الكلام وجعل ظاهر الإذن النقلة، وجعل القول قولها، وهذا مثل ما نقله المزني دون ما حكاه أبو إسحاق.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٣).

ومن أصحابنا من حكى عن أبي إسحاق أنه قال: صورة ما نقله المزني أنه قال لها: انتقلي إلى موضع كذا فلما حصلت فيه طلقها، فقال لها: ما نقلتك وإنما أذنت في غير النقلة، فعليك الرجوع، وقالت: بل أذنت لي في النقلة والمقام فالقول قولها؛ لأن قوله: «انتقلي» حقيقته النقلة، فأما إذا قال لها: اذهبي، أو اخرجي إلى موضع كذا، ثم اختلفا، فالقول قوله؛ لأن الظاهر معه. ثم تعجب هذا الحاكي من أبي إسحاق فقال: كيف يصورها فيما لو قال لها انتقلي، والشافعي قال: «ولم يقل لها أقيمي ولا لا تقيمي» وإذنه بالنقلة هو المقام، وهذا غير صحيح عن أبي إسحاق.

ومن أصحابنا من قال: صورة المسألة أنه قال لها: اخرجي أو اذهبي ثم طلقها، ثم اختلفا فالقول قوله، وقول المزني: «القول قولها» غلط، أراد أن يقول القول قوله وأخطأ في الكتبة، وهذا أيضاً غير صحيح لما ذكرنا.

وقال أبو حامد: نقل المزني هذه المسألة في «جامعه الكبير» فقال: «ولو سارت إلى منزلٍ بأمره ثم طلقها ثم اختلفا ـ هكذا ـ فالقول قوله، ثم فرَّع عليه فقال: «فإن مات ثم اختلفت هي وورثته فالقول قول الورثة» وأراد أنه لما كان القول قول الزوج فوارثه يقوم مقامه. (ق٩٩أ) وغلط هذا في التفريع، فإن القول قولها ههنا لما ذكرنا من الفرق بين الزوج والورثة.

وقال القفال: قال الشافعي: «إذا حوَّلها من بيتٍ إلى بيتٍ ثم طلقها ثم اختلفا فالقول قولها». وقال في موضع آخر: «إذا وقع الاختلاف بينها وبين ورثة زوجها فالقول قول الورثة» وليست على قولين، بل هي على حالين، فصورة مسألة الوارث أن يقول: إن أبانا قد قال لك: إني أخرجتك مسافرة. ولو كان هذا الاختلاف مع الزوج نفسه كان القول قوله أيضاً؛ لأن الأصل أن لا نقلة. وصورة المسألة الأولى أنه حق لها ولم يقل شيئاً، بل أطلق فالظاهر بيدها سواء كان الاختلاف مع الزوج أو مع الورثة فالقول قولها.

وقال القفال مرةً أخرى: قال الشافعي: «إن كان هذا الاختلاف مع الزوج فالقول قوله، وإن كان مع الورثة فالقول قولها» فالمسألتان على قولين نقلاً وتخريجاً.

قال: ومن أصحابنا من قال: إن اختلفا في اللفظ فقالت: قلت لي انتقلي، وقال: ما قلت لكن قلت اخرجي للنزهة ونحوها فالقول قوله؛ لأن الأصل أنه لم يقل ذلك. وإن اتفقا على اللفظ فقالت: قلت اخرجي وأردت به النقلة، وقال: ما أردت فالقول قولها؛ لأن الظاهر ما ادعت.

قال: وقال ابن سريج، وهو قول أبي حنيفة: إن كان الاختلاف مع الورثة فالقول قولها، وإن كان مع الزوج فهل يكون القول قوله أو قولها قولان. وكل هذا تخليط والاعتماد على ما سبق.

وقال في «الحاوي»(١): هذه المسألة تشتمل على فصول اختلط فيها كلام أصحابنا، ونسبوا المزني إلى السهو في نقله والخطأ في جوابه لشبهة دخلت عليهم في [تقرير](٢)

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٦٦).

(٢) ما بين المعقوفتين كذا في الأصل، وفي «الحاوي»: «تفريق».

أصولها (ق٩٩ب) وسنوضحها بما تزول به الشبهة ويصح فيه نقل المزني وجوابه، وذلك مبني على تقدير الجواب [في] خمسة فصول:

أحدها: إذا أذن لها في سفر النقلة فانتقلت ثم وجبت [عليها] العدة اعتدت في بلد النقلة.

والثاني: [إذا] أذن لها في سفر العودة ثم وجبت العدة عند وصولها لزمها العود ولا يجوز لها أن تقيم.

والثالث: [إذا] أذن لها في السفر مطلقاً [لم يصرح فيه بنقلة ولا عود] حمل على سفر آخر تحتاج فيه إلى إذنٍ آخر.

والرابع: [إذا] أذن لها في السفر إليه لنزهةٍ [أو زيارة] كان سفر عود لا سفر مقام.

والخامس: [إذا] أذن لها في السفر لتقيم شهراً ثم تعود هل لها أن تقيم تلك المدة؟ قولان. فإن اختلفا فاختلافهما على [ستة][1] أقسامٍ:

أحدها: أن تدعي [الزوجة] سفر النقلة ويدعي الزوج سفر العود، فالقول قولها [مع الزوج] في حياته، ومع الورثة بعد موته على ما ذكرنا.

والثاني: أن تدعي المرأة سفر العود ويدعي عليها سفر النقلة، فالقول قول الزوج وورثته بعده؛ لأنها تدعي سفراً ثانياً.

والثالث: أن تدعي في السفر المطلق أن المراد به النقلة ويدعي عليها أن المراد به العود فالقول قولها مع الزوج وورثته؛ لأن الظاهر معها.

والرابع: أن تدعي في [السفر] المطلق أنه أراد العود ويدعي عليها أن المراد النقلة فالقول قول الزوج وورثته بعده.

والخامس: أن تدعي الزوجة سفراً لمدة، ويدعي عليها [أنه] سفراً لنزهة فإن قلنا: هي ممنوعة من مقام تلك المدة لم يكن لهذا الاختلاف تأثير لوجوب العود فيهما للوقت. وإن قلنا: لها المقام تلك المدة، فإن كان الخلاف مع الورثة فالقول قولها، وإن كان [مع] الزوج فالقول قوله. والفرق أن الإذن اجتمع عليه الزوجان، فإذا كان الاختلاف بينهما رجع إلى الزوج الآذن في صفة إذنه (ق١٠٠أ) كما يرجع إليه في أصل إذنه، وإذا كان مع الورثة رجع فيه إلى من شافهه بالإذن وهي الزوجة دون الورثة.

والسادس: أن تدعي الزوجة سفر النزهة ويدعي عليها أنه سفر المدة. فإن قلنا: لا تقيم تلك المدة لا تأثير لاختلافهما لوجود العود. وإن قلنا: لها المقام تلك المدة فالقول قول الزوجة [إن كان حياً] والقول قولها مع الورثة إن كان ميتاً لما ذكرنا من الفرق.

فهذان قسمان يختلف فيهما حكم الزوج والورثة وإن اتفق حكمهما في الأقسام الأربعة، ليسلم المزني من خطأ النقل لحمل مراده على ما وافقه من تلك الأقسام الأربعة

---

(١) ما بين المعقوفتين وردت في المخطوط «ثلاثة» خطأ، والتصويب من الحاوي.

في التسوية بين الزوج وورثته، وسلم أصحابنا من الوهم في الشبهة الداخلة عليهم في تخطئته لحمل جوابهم على ما وافقه من القسمين المتأخرين في الفرق بين الزوج وورثته وهذا كله حسن.

مسألة:

قَالَ(١): «وَتَنْتَوِي البَدَوِيَّةُ حَيْثُ يَنْتَوِي أَهْلُهَا».

الفصل:

معناه ترحل البدوية حيث يرحل أهلها، وجملته أنه إذا طلق البدوي زوجته كان اعتدادها في المسكن الذي هو مسكنها حال الطلاق كالحاضرة، ولكنها تخالف في صفة المسكن؛ لأن مسكنها من صوف وشعر ونحوه، ومسكن الحاضرة من طين وآجر وحجر، ولذلك بناء الحضر يراد للاستيطان والبقاء، وبيوت البادية للإقامة والظعن على الغبطة فما داموا مغتبطين بالمقام أقاموا، وإذا كان غبطتهم في الظعن ظعنوا، فإذا تقرر هذا فيه أربع مسائل:

أحدها: [إذا] انتقل أهل البادية كلهم من مكان إلى مكان فإنها تنتقل بانتقالهم، كأهل البلد لو انتقلوا بأسرهم انتقلت هي معهم أيضاً، وكامرأة صاحب السفينة معه إذا لم يكن له مسكن سوى السفينة.

والثانية: أن ينتقل قوم من أهل البادية (ق١٠٠ب) وبقي قوم فيهم منعة، وأهلها فيهم فعليها أن تقيم مع أهلها وتعتد في مسكنها؛ لأنه لا حاجة بها، كما لو انتقل بعض أهل البلد وبقي قوم فيهم منعة تعتد فيمن بقي.

والثالثة: انتقل قوم من أهل البادية وأهلها فيمن انتقل وبقي قوم لم ينتقلوا وفيهم منعة فهي بالخيار بين أن تنتقل مع أهلها طلب الأنس بهم وحذر الوحشة لهم إن لم تنتقل، وبين أن لا تنتقل وتقيم هناك؛ لأن هذا المكان مكان مسكنها حال الطلاق ولا ضرورة إلى المفارقة.

والرابعة: فرَّ أهلها وهربوا خوفاً من أمرٍ من الأمور وما انتقلوا انتقالاً يُنظر، فإن كانت تخاف مما خاف أهلها كان لها أن تهربَ معهم وإن كان الخوف على الرجال دون النساء، أو على أهلها دون غيرهم لم يكن لها أن تنتقل معهم؟ لأنه لا حاجة بها إلى ترك مسكنها حين الطلاق، كما لو هرب أهلها من البلد سواء، وهذا لأنهم إذا هربوا فالمسكن باقٍ لم ينتقل.

وقال الماسرجسي: من أهل البادية من لا ينتجع ولا ينتقل ويكون حولهم من الرعي ما يقيم بها، فهذه كالحاضرة. ومنهم من ينتجع في كل سنةٍ مرتين؛ إحداهما في الصيف،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٣).

والأخرى في الشتاء، فإذا انتقلوا في أول الصيف ولم نقص عدة المطلقة انتقلت معهم، ومنهم من لا موضع له بل يتبع مواقع القطر والكلأ فالمعتدة منهم تنتقل معهم؛ لأنها إذا خرجت معهم كانت أحصن وأحفظ للنسب.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا دَلَّتْ السُّنَّةُ [عَلَى] أَنَّ المَرْأَةَ تَخْرُجُ مِنَ البَذَاءِ عَلَى أَهْلِ زَوْجِهَا كَانَ العُذْرُ فِي ذَلِكَ المَعْنَى أَوْ أَكْثَرَ».

يحتمل أن يكون هذا الكلام من الشافعي مسألة مستأنفةً في كل معذورةٍ ويحتمل أن يكون قصده للاحتجاج في مسألة البدوية والمقصود واحدٌ، وهو أنها إذا خرجت من بيت العدة لعذرٍ ظاهرٍ لم تأثم لمعنيين:

أحدهما: ما ذكر الشافعي وهو أن النبي ﷺ نقل فاطمة بنت قيس للبذاءة على ما ذكرنا وهي معنًى في غيرها، فلأن تنتقل لمعنى في نفسها من خوف الهدم، أو الغرق أو الحرق أو اللصوص أولى؛ لأن هذا العذر أشد وأقوى.

والثاني: أن السكنى تراد للتحصين والاحتياط، وهذا أوجد عند الانتقال بهذه الأعذار.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَيُخْرِجُهَا السُّلْطَانُ فِيمَا يَلْزَمُهَا فَإِذَا فَرِغَتْ رَدَّهَا».

نقل المزني هذا القدر، وقال في «الأم»[٣]: «وللحاكم أن يخرج المرأة في العدة في كل ما لزمها من حدٍّ أو قصاصٍ أو خصومةٍ».

وقال بعض أصحابنا: هذا إذا كانت برزة، فأما إذا كانت مخدرة وجه إليها من يقيم الحد عليها، ولهذا رجم الغامدية ظاهراً مكشوفاً، ورجم المرأة في خبر العسيف في بيتها، فقال لأنيس: «اغد على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»؛ لأن الغامدية كانت برزة وجاءت إليه فاعترفت بالزنى، وكانت المرأة في خبر العسيف مخدرة فإنها لم تأته فبعث إليها من رجمها. وأما المال فإن كانت معترفةً به وأمكن أخذه منها في بيتها لم يخرجها أيضاً وإنما قال الشافعي[٤]: «يخرجها إذا لم يمكن أخذه منها في بيتها وكانت برزة فيخرجها للخصومة، فإذا فرغت ردها إلى بيت زوجها حتى تكمل العدة».

فرع:

قال أبو إسحاق: لو زنت في حال عدتها وهي بكر وقد مات زوجها كان على

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٣٣).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢١٢).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

السلطان يبينها وهذا أحب الأشياء التي يجوز له من أجلها إخراجها. فإن قال قائل: ينبغي أن تؤخروا إلى انقضاء عدتها كما تؤخر لشدة الحر والبرد. قلنا: الفرق أن العدة لا تؤثر في الحد فلا يمنع من استيفائه، وشدة الحر والبرد (ق١٠١ب) تؤثر فيه فيعينان على تلف المحدود، والقصد منه التأديب دون الإتلاف، فأخرنا إلى أن يزولا. وقال في «الحاوي»[1]: حُدت بلا خلافٍ، وهل تغرب قبل انقضاء العدة؟ وجهان:

أحدهما: لا تغرب [إلا بعد انقضاء العدة] تغليباً لحق الزوج في تحصين مائه.

والثاني: تغرب حولاً إلى أحصن المواضع ويراعى تحصينها في التغريب في بقية العدة، فإن استكملت حد التغريب قبل انقضاء العدة وجب ردها إلى منزلها لتقضي فيه بقية العدة.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَيَكْتَرِي عَلَيْهِ إِذَا غَابَ».

إذا طلقها ولا مسكنٍ له حين الطلاق، فإن كان الزوج حاضراً أمره أن يكتري لها مسكناً تعتد فيه، فإن امتنع أجبره عليه؛ لأنه حق لها فإن امتنع اكترى الحاكم من ماله عليه، كما قلنا في الدين إذا امتنع من أدائه. وإن كان غائباً فإن وجد له مالاً اكترى من ماله، وإن لم يكن له مال ظاهرٌ اقترض عليه واكترى لها وحصنها فيه حتى تنقضي عدتها، فإذا عاد رجع عليه بما استقرض له، وإذا كان بها مال يمكنها أن تكتري منه فأذن لها في ذلك جاز ورجعت عليه إذا عاد؛ لأنها إذا اكترت لنفسها اكترت حيث ترى، وإذا اكترى لها السلطان اكترى حيث يرى هو، فإن اكترت هي من غير إذن الحاكم وأمكنها أن تستأذن الحاكم فلم تفعل، كانت متبرعةً لا ترجع به، وإن لم [يكن] حاكم فاستقرضت أو أدت الكرى من مال نفسها وأشهدت بذلك فهل ترجع على زوجها؟ وجهان. وأصل هذه المسألة مسألة الجمَّال إذا هرب، وقد ذكرناها في «كتاب الإجارة».

مسألة:

قَالَ[3]: «وَلاَ نَعْلَمُ أَحَداً بِالمَدِينَةِ فِيمَا مَضَى أَكْرَى مَنْزِلاً، إِنَّمَا كَانُوا يَتَطَوَّعُونَ بِإِنْزَالِ مَنَازِلِهِمْ وَبِأَمْوَالِهِمْ مَعَ مَنَازِلِهِمْ».

معنى هذا أن الحاكم (ق١٠٢أ) لا يكتري إذا كان بالمدينة فإنه يجد السكنى بغير عوضٍ، وإنما يكتري في البلد الذي لا يجد لها سكنى بغير عوضٍ. ونظيره ما قال في رزق المؤذن إن وجد متطوعاً لم يرزق أحداً على الأذان، وإن لم يجد جاز له أن يرزق. وقيل: لما قال: «وَيَكْتَرِي عَلَيْهِ إِذَا غَابَ» ألزم نفسه سؤالاً فقال: «لم يثبت عن رسول

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٦٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٣٣). (٣) انظر الأم (٥/ ٣٤).

الله ﷺ وعن الصحابة أنهم اكتروا على غائب منزلاً» فكيف تأمر بالاكتراء؟ وأجاب عن هذا بأنه إنما لم يفعل؛ لأن أهل المدينة كانوا يتطوعون بها على ما ذكرنا.

ومن أصحابنا من قال: قصد به الرد على أبي حنيفة ومالكٍ حيث قالا: لا يجوز بيع رباع مكة ولا إجارتها؛ لأنَّا لا نعلم أحداً بمكة اكترى منزلاً. فقال الشافعي: باطل بالمدينة، فإن رباعها مملوكة ولا نعلم أحداً بالمدينة اكترى منزلاً. ثم بين العلة فقال: كان أهل مكة وأهل المدينة عرباً يأبون إكراء المنازل، فلا يدل هذا على كون رباعها غير مملوكة وهذا بعيد. ومن أصحابنا من قال: عطف هذا على قصة فاطمة بنت قيسٍ وقد ذكرناها، فما اكترى لها على زوجها؛ لأن أهل المدينة كانوا يتطوعون بإنزال منازلهم، فكأنه ألزم نفسه قصة فاطمة حيث قال: «لم يكتر لها» ثم انفصل عنه بهذا فقال: إنما لم يكتر لأن عادتهم التطوع لا لأنه ما وجب، ولا لأنه لا يجوز أن يكتري عليه لها.

ومن أصحابنا من قال: ذكر الشافعي هذا على القول الذي يقول: لا سكنى للمتوفى عنها. ثم قال: «إن تطوع الورثة بالإسكان لزمها أن تسكن» ثم قال: «إن كانت بالمدينة فعليها أن تسكن بكل حالٍ؛ لأنها تجد المسكن بغير أجرةٍ» وهذا أيضاً بعيد.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِنْ تَكَارَتْ فَطَلَبَتْ الكِرَاءَ كَانَ لَهَا مِنْ يَوْم يَطْلُبُهُ وَمَا مَضَى حَقٌّ تَرَكَتْهُ» معناه أنها إذا اكترت لنفسها موضعاً (ق١٠٢ب) وسكنت ولم تطالب الزوج بالسكنى ثم جاءت تطالب بها. قال الشافعي: «كان لها من حين تطالب به». وقال في «النفقة»: «إذا أسلمت نفسها ولم تطالب بالنفقة كان لها أن تطالب بما مضى من نفقتها ولا تسقط بترك المطالبة، وكذلك المبتوتة الحامل إذا جعلنا لها النفقة فلم تطالب بها كان لها أن تطالب بما مضى». فمن أصحابنا من قال: في كلا المسألتين قولان على سبيل النقل والتخريج. ومن أصحابنا من فرق بينهما على ظاهر النصين فقال: النفقة حق عليه لها في مقابلة الاستمتاع، فإذا أمكنه فقد وجب لها، فإن شاءت طالبته به وإن شاءت أخرته، كما يكون ذلك في الثمن في البياعات والأجرة في الإجارات، وليس كذلك السكنى فإنها حق عليه في مقابلة حق له وهو حفظ مائه وتحصينه، فإذا قعدت باختيارها من غير إذن الزوج ولم تكن محصنة له ماءه، فإذا لم يحصل له حقه لم يجب ما عليه. وأيضاً النفقة تجب على وجه البدل فلم تسقط بترك المطالبة، والسكنى تجب لحق اللَّه تعالى لا على سبيل البدل فسقطت بترك المطالبة.

فإن قيل: نفقة الحامل في العدة لا تجب على طريق البدل ولا تسقط بمضي الزمان على ما ذكرتم. قيل: قد قيل: إنَّا إذا قلنا هي للحمل تسقط بمضي الزمان؛ لأنهما نفقة القريب ونفقة القريب تسقط بمضي الزمان، والصحيح أنها لا تسقط. وإن قلنا للحمل؛

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٤).

لأن مصرفها إلى الحامل ومنها تصل نفقتها إلى الولد، فلم تجر مجرى نفقة الأقارب وأجريناها مجرى النفقة الواجبة على طريق البدل.

وقال القفال: الفرق بين السكنى والنفقة أن السكنى لغاية الوقت، وقد مضى الوقت إذ لا يملك المسكن عليه وإنما يملك المنافع ومنعه السكنى. وأما النفقة فعين مالٍ ويجوز ثبوته (ق١٠٣أ) في ذمته فثبتت في ذمته. قال: وحكم الكسوة على هذا حكم السكنى؛ لأنه لا يلزمه أن يُملكها الثوب وإنما لها حق المنفعة فيه.

مسألة:

قَالَ[١]: «فَأَمَّا امْرَأَةُ صَاحِبِ السَّفِينَةِ إِذَا كَانَتْ مُسَافِرَةً مَعَهُ فَكَالمَرْأَةِ المُسَافِرَةِ».

الفصل:

إذا خرجت مع زوجها الملاح مسافرة فطلقها في الطريق، فإن شاءت مضت في وجهها إلى الغاية التي سافرت إليها معه، وإن شاءت رجعت إلى بيتها على ما بيناه في المسافرة، فأما إذا كان الملاح لا بيت له غير سفينته ولامرأته فيها موضعٌ.

قال بعض أصحابنا: ظاهر المذهب أنها إن شاءت اعتدت فيه، وإن شاءت خرجت واعتدت في أقرب القرى إلى الشط، وهذا اختيار الماسرجسي وجماعة.

وقال أبو إسحاق: اعتدت حيث شاءت في أي بلدٍ شاءت؛ لأنه ليس لهم بلدٌ ولا مسكن يرجعون إليه، فإن اختارت أن تعتد في السفينة، فإن كانت كبيرة فيها بيوت يمكنها أن تسكن في موضع لا يشاهدها ولا يراها اعتدت في السفينة، كما لو كان نازلاً في خان له بيوت فطلقها فإنها تعتد في بيت منه ويكون هو في بيت آخر، وإن كانت السفينة صغيرة فإن كان معها ذو محرم مقيم فعليه أن ينتقل لتسكن هي في السفينة، وإن لم يكن محرم أو كان ولكن لا يقيم في السفينة خرجت واعتدت في أقرب المواضع لهذا المكان على ظاهر المذهب، ولا فرق بين السفينة والدار الصغيرة إلا في شيء واحد، وهو أن المرأة يمكنها أن تقيم في الدار الصغيرة ولا يمكنها أن تقيم في السفينة وحدها؛ لأنها لا تسير إلا بملاحٍ.

فصل:

قال في «القديم»: وليس للمبتوتة المعتدة أن تخرج من البيت ليلاً ولا نهاراً إلا من عذر، والمتوفى عنها زوجها تخرج في حوائجها نهاراً ولا تخرج ليلاً.

وقال في «الجديد»: (ق١٠٣ب) وليس للمعتدة أن تخرج نهاراً، والمبتوتة والمتوفى عنها سواء واستحب ذلك لها، ولا وجه عليها. فاستحب في الجديد أن لا تخرج نهاراً

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٤).

ولم يحرمه عليها ومنعها في «القديم».

وجملته أن المعتدة ليس لها أن تخرج من الموضع الذي تعتد فيه ليلاً ونهاراً من غير حاجةٍ للآية التي ذكرناها، فإن اضطرت إلى الخروج فلها الخروج على ما ذكرنا. وإن احتاجت إلى الخروج من غير ضرورة كشراء القطن أو بيع الغزل ونحو ذلك لا يجوز لها الخروج ليلاً؛ لأن الليل وقت الخلوة فيخاف فيه الفساد. ولا فرق بين أن تكون مطلقة أو متوفى عنها زوجها، والدليل عليه ما روى مجاهد أن ناساً استشهدوا بأُحدٍ فأيم نساءهم، فجئن إلى رسول الله ﷺ وقلن: إنَّا نستوحش بالليل في بيوتنا أفنبيت عند إحدانا حتى إذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا، فقال النبي ﷺ: «بل اجتمعن وتحدثن ما بدا لكن، حتى إذا أردتن النوم فلتأوي كل واحدة إلى بيتها»(١).

وأما الخروج نهاراً، فإن كانت متوفى عنها كانت لها ذلك بلا خلافٍ على المذهب وإن كانت مطلقة فهل لها أن تخرج؟ قولان:

قال في «القديم»: ليس لها ذلك لظاهر الآية، وهي قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطَّلَاق: ١]، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن عنده عليه كفايتها.

وقال في «الجديد»: لها ذلك ويستحب أن لا تخرج وهو الأصح، لما روي عن جابر ـ رضي اللَّه عنه ـ أنه قال: طُلقت خالتي ثلاثاً فخرجت تَجُدَّ نخلاً لها، فلقيها رجل فنهاها، فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك له، فقال لها النبي ﷺ: «اخرجي فجدي نخلك لعلك أن تصدقي منه أو تفعلي خيراً»(٢). وإنما قال ذلك لأن النخل لا يجد في غالب العرف إلا نهاراً، ونخل الأنصار قريباً من دورهم (ق١٠٤أ) حتى إذا خرجت بكرةً للجداد أمكنها أن تمسي في بيتها، ولأن عدة المتوفى عنها أغلظ، فإذا جاز لها الخروج فالمطلقة أولى، وهذا إذا كانت بائنة، فإن كانت رجعية فليس لها أن تخرج إلا بإذن زوجها لحاجةٍ لها ليلاً أو نهاراً؛ لأنها زوجته كغير المطلقة.

باب الإحداد

مسألة:

قَالَ(٣): «وَلَمَّا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لاَ يَحِلُّ لاِمْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوم الآخِرِ أَنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاَثٍ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً»(٤) وَكَانَتْ هِيَ الْمُطَلَّقَةُ الَّتِي لَا يَمْلِكُ زَوْجُهَا رَجْعَتَهَا مَعاً فِي عِدَّةٍ وَكَانَتَا غَيْرَ ذَوَاتَيْ زَوْجَيْنِ أَشْبَهَ أَنْ يَكُونَ عَلَى

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥١٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٩٧)، والنسائي (٦/ ٢٠٩)، والحاكم (٢/ ٢٠٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٥١١).

(٣) انظر الأم (٥/ ٣٤).

(٤) أخرجه البخاري (٥٣٤١)، ومسلم (٩٣٨)، وأبو داود (٢٣٠٢)، والنسائي (٦/ ٢٠٢)، وابن ماجه (٢٠٨٧)، وأحمد (٥/ ٦٥).

المُطَلَّقَةَ إِحْدَادٌ كَهُوَ عَلَى المُتَوَفَّى عَنْهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ فَأُحِبُّ ذَلِكَ لَهَا وَلاَ يَتَبَيَّنُ أَنْ أُوجِبَهُ لأَنَّهُمَا قَدْ يَخْتَلِفَانِ فِي حَالٍ وَإِنَّمَا اجْتَمَعَا فِي غَيْرِهِ».

الإحداد: زيادة صفة في الاعتداد وهو أن تجتنب في عدتها عما يدعو إلى الجماع عن المزينة والثياب المزينة والطيب، وقال في «الأم»[١]: هو أن تجتنب في عدتها عما يدعو إلى شهرتها مما ذكرنا. يقال: أحدت تحد حداداً وسمي به لما فيه من الامتناع، وسمي الحديد حديداً لأنه يمنع به، وجملته أن المعتدات على ثلاثة أضرب: معتدة عن وفاة، ومعتدة رجعية، ومعتدة بائن.

فأما المعتدة عن الوفاة يلزمها الإحداد، وبه قال كافة العلماء، وروي عن الحسن والشعبي أنهما قالا: لا إحداد عليها واجباً، وروي عنهما أنهما قالا: لا يلزمها الإحداد في طول عدتها وإنما يلزمها في بعضها، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ قال لأسماء بنت عميس لما أتاها نعي زوجها جعفر بن أبي طالب رضي اللَّه عنه «وتسلبي ثلاثاً»[٢] وهذا غلط (ق١٠٤ب) لما رواه الشافعي وظاهره أن الإحداد جائز لا واجب؛ لأنه قال: «لا تحد إلا على زوجها» ولكن أجمعوا أن المراد به الوجوب وأنه استثناء الواجب من الحرام ولم يعتبر الأكثر.

وروى أبو داود بإسناد عن أم عطية أن النبي ﷺ قال: «لا تحد المرأة فوق ثلاث إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب. وروي: «إلا مغسولاً ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا أدنى طهرتها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو أظفار»[٣] وروي: «ولا ثوب عصب» وهو وهم لا يصح.

وروت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: للمتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل»[٤] والعصب من الثياب ما عصب غزله فصبغ قبل أن ينسج وذلك كالبرد والحبر ونحوهما. والممشق ما صبغ بالمشق وهو شبه المغرة، وقوله: ينبذه من قسط يريد بها اليسير والنبذ: القليل من الشيء، والنبذة تصغيره وطهرت الهاءُ فيه لأنه نوى به القطعة منه.

وروت بنت حكيم بن أسد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلا فأرسلت مولى لها إلى أم سلمة رضي اللَّه عنها، فسألها عن كحل الجلا فقالت: لا تكتحل به إلا من أمر لا بد منه تشتد عليك فتكتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣).
(٢) أخرجه ابن حبان (٣١٣٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٥٢٣)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٦١).
(٣) أخرجه البخاري (٥٣٤٢)، ومسلم (٩٣٨)، وأبو داود (٢٣٠٣).
(٤) أخرجه أحمد (٦/ ٣٠٢)، وأبو داود (٢٣٠٤)، والنسائي (٣٥٣٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٥٣٣)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٦٢).

ثم قالت عند ذلك أم سلمة دخلت على رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت عليَّ صبراً فقال: «ما هذا يا أم سلمة»؟ فقلت: إنما هو صبر يا رسول اللّٰه ليس فيه طيب، قال: «إنه يشب الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وتنزعيه بالنهار، (ق١٠٥أ) ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب»[1] قلت: بأي شيء أمتشط يا رسول اللّٰه؟ قال: «بالسدر تغلفين به رأسك» وكحل الجلا هو الإثمد، وسمي جلاء لأنه يجلو البصر.

وقوله: يشب الوجه أي يوقد اللون، وأصله من فعلك شببت النار إذا أوقدتها.

وروي عن زينب بنت أبي سلمة أنها قالت: دخلت على أم حبيبة حين توفي أبوها أبو سفيان، فدعت بطيب فيه صفرة خلوقٍ أو غيره ومست بعارضيها، ثم قالت: واللّٰه مالي إلى الطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تحل لامرأة تؤمن باللّٰه واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[2] قالت زينب: ودخلت على زينب بنت جحش حين توفي أخوها فدعت بطيب فمست منه، ثم قالت: واللّٰه مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول وهو على المنبر: «لا يحل لامرأة تؤمن باللّٰه واليوم الآخر»... الخبر.

وأما قوله: «تسلبي ثلاثاً» قيل: أراد به لبس السود وهي تسمى السلاب ومنه قول الشاعر[3]:

يَخْمِشْنَ حُرَّ أَوْجُهٍ صِحَاحِ فِي السُّلُبِ السُّودِ وَفِي الأَمْسَاحِ

والأمساح: جمع مسح.

وأما المعتدة المطلقة عن طلاق رجعي فلا يلزمها الإحداد قولاً واحداً.

وروى أبو ثور عن الشافعي أنه قال: «أستحب لها الإحداد وهذا النظير أسفها عليه فيرغب في مراجعتها. وقيل: فيه وجهان:

أحدهما: هذا.

والثاني: لا يستحب ذلك بل يندب إلى التصنع له بالزينة ليميل إليها فيرغب في مراجعتها.

وأما المطلقة البائن هل يلزمها الإحداد؟ فيه قولان:

أحدهما: قاله في القديم يلزمها، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد (ق١٠٥ب) في رواية.

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٢٦٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٥٣٨)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٧٩).

(٢) أخرجه البخاري (٥٣٤١)، ومسلم (٩٣٨).

(٣) الرجز للبيد في ديوانه (ص٣٣٢)، لسان العرب (١/ ٤٧٣ ـ سلب، ٢/ ٤٥٤ ـ رمح، ٦/ ٣٠٠ ـ خمش)، التنبيه والإيضاح (١/ ٩٦)، تهذيب اللغة (٧/ ٩٦، ١٢/ ٤٣٥)، تاج العروس (٦/ ٤٠٥)، مجمل اللغة (٣/ ٨٤)، مقاييس اللغة (٣/ ٦٣)، جمهرة اللغة (ص٣٤٠، ٥٣٥).

وروي ذلك عن سعيد بن المسيب؛ لأن هذه بائن معتدة عن نكاح فيلزمها الإحداد كالمتوفى عنها.

والثاني: قاله في الجديد: لا يلزمها الإحداد، وبه قال ربيعة، ومالك، وعطاء. وهي الرواية الثانية عن أحمد ويستحب لها؛ لأن الشافعي قال: «أستحب لها ذلك ولا يتبين أن أوجبه عليها» وهذا لأنها معتدة عن طلاق فأشبهت الرجعية، وتفارق المتوفى عنها؛ لأن عدتها عدة الحرمة والتفجيع، وعدة الطلاق عدة الغبط وقلما تكون إلا ذات حقد عليه فافترقا.

ثم إن المزني اختار إلحاق البائنة بالمتوفى عنها، واعترض على كلام الشافعي لأنهما قد يختلفان في حال، وإن اجتمعا في حال ووجه اختلافهما ما ذكرنا فقال: كل بائن على أصل فهو يشبه له من وجه وإن خالف غيره، ولو لم يلزم القياس إلا باجتماع الوجوه بطل القياس.

والجواب أن الفرع والأصل كما قلت يجتمعان من وجه ويفترقان من وجه، ولكن إذا كان افتراقهما راجعاً إلى معنى مختص وجب الفرق بينهما في الحكم والمعنى المختص في إحداد عدة الوفاة ما ذكرنا من إظهار التفجع على الزوج الميت، وهذا المعنى مفقود في عدة الطلاق، أو يقول: هذا الذي ذكره ينقلب عليه وذلك أنه لو كان يكفي في القياس شبه ما بطل القياس قط. أو نقول: هذا قياس شبه وليس بقياس عليه، وقياس الشبه إذا كان متردداً بين أصلين يشبه كل واحد منهما لم يقس على أحدهما إلا أن يغلب شبهة به، وهذه المطلقة بالرجعية أشبه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلاَ تَجْتَنِبُ المُعْتَدَّةُ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ [وأُمُّ الوَلَدِ] مَا تَجْتَنِبُ المُعْتَدَّةُ ويَسْكُنَّ حَيْثُ شِئْنَ».

لا يجب الإحداد على المعتدة من نكاح فاسد؛ لأن الإحداد إظهار الحزن على الزوج وعلى ما فاتها من عصمة (ق١٠٦أ) النكاح، وهذه ليس لها زوج ولا عصمة نكاح، فكذلك لا يلزم أم الولد؛ لأنه لا يجب عليها عدة الوفاة، وإنما يجب عليها الاستبراء والإحداد من حقوق النكاح فلا يجب في الاستبراء.

وأما مفسوخة النكاح لا إحداد عليها؛ لأن فسخ النكاح رفع العقد من أصله، ألا ترى أن الزوج لو كان وطئها قبل الفسخ لزمه مهر مثلها، ولأنها لو فسخت بمعنى فيه فهي المختارة للفسخ، فلم يشبه الإحداد حالها، وإن كان هو المختار بسبب بها فإن الفسخ مضاف إليها حتى كأنها هي المختارة للفسخ، وكذلك الموطوءة بالشبهة لا إحداد عليها

(١) انظر الأم (٥/ ٣٥).

في عدتها [كما] ذكرنا.

وأما قول الشافعي: «ويسكن حيث شئن» أراد به أن المعتدة من نكاح فاسد لا سكنى لها، لأنه لا سكنى في حال العقد قبل أن يفرق بينهما، فلأن لا سكنى لها في حال العدة أولى فتسكن حيث شاءت.

قال أصحابنا: وإن تبرع الواطىء وأسكنها موضعاً لزمها أن تسكنه، وكذلك ورثه السيد إذا أسكنوا أم الولد لزمها ذلك كما قال الشافعي في ورثة المتوفى عنها.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِنَّمَا الإِحْدَادُ فِي البَدَنِ وَتَرْكِ زِينَةِ البَدَنِ».

قصد بهذا الكلام أنها لا تؤمر بالإحداد في بيتها بأن لا تسكنه، ولا في أمر فرشها بأن لا تفرش ثياباً حسنةً، كما كان أهل الجاهلية يفعلون، تقعد إحداهن في شر أحلاسها في شر بيتها، وإنما ذلك في البدن والثوب، وهو أن لا تدخل زينة ولا طيباً من ألوان الصبغ المزينة ولا تلبس ثياب الحرير وكل ما تشتهيه الأنفس من هذا الجنس، وقد ذكر الشافعي تفصيله. فقال: «ولا تدهن رأسها بدهن طيب (ق١٠٦ب) ولا غير طيب».

قال في «الأم»[2]: بزيت ولا شيرق ولا غيرهما؛ لأن الأدهان كلها تقوم مقام واحد في ترجيل الشعر وإذهاب الشعث وذلك هو الزينة إلا أن يكون صلعاً فيكون لها أن تدهن رأسها بدهن غير مطيب. وهكذا المحرم يفتدي بأن يدهن رأسه ولحيته بزيت لما وصفت.

وأما بدنها فلا بأس بدهنها إلا الطيب كما لا بأس به للمحرم، وقال أبو حنيفة: لا تدهن بدنها كما لا تدهن رأسها وهذا غلط لما ذكرنا.

وأما قول الشافعي: «فإن خالفت المحرم من بعض أمرها» أراد به أن المحرم ممنوع عن لبس الثياب المخيطة وهذه غير ممنوعة، والمحرم غير ممنوع من لبس الثوب المعصفر وهذه ممنوعة.

قال أصحابنا: وجملته أن المحرمة والمعتدة يشتركان في بعض المحرمات ويختلفان في البعض، فيحرم على المعتدة ويحل للمحرمة ويحرم على المحرمة ويحل للمعتدة.

فأما ما يشتركان في تحريمه عليهما فهو الوطء، والاستمتاع، وعقد النكاح، واستعمال الطيب والدهن في موضع الترجيل، وأما ما يحرم على المحرمة ويحل للمعتدة، فما ذكرنا وتقليم الأظفار، وحلق الشعر، وقتل الصيد وأكله.

وأما ما يحرم على المعتدة ويحل للمحرمة فما ذكرنا والخضاب، ولبس الحلي، والكحل الأسود.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٥).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

فرع:

قال أصحابنا: لو كان للمرأة لحية لا يجوز لها أن تدهنها لأنه ترجلها فتكون زينة، واللحية، وإن كانت قبيحة للنساء فهي مع ترك الدهن أقبح.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَكُلُّ كُحْلٍ كَانَ زِينَةً فَلاَ خَيْرَ فِيهِ».

الفصل:

أراد به الكحل الأسود الذي يقال له الإثمد وهو الأصفهاني، لا يحل لها ذلك لأنه يسود الحدقة والأجفان ولا فرق بين أن تكون المرأة بيضاء أو سوداء؛ لأنه زينة وملاحة لهما فإنه يسود حدقة السوداء ويفتحها، والدليل عليه خبر أم سلمة الذي ذكرنا (ق١٠٧أ).

وحكى الماسرجسي عن بعض أصحابنا أنه قال: إن كانت سوداء جاز لها الاكتحال به، وهذا غير صحيح لما ذكرنا. قال: فأما الفارسي وما أشبهه إذا احتاجت إليه فلا بأس به؛ لأنه ليس بزينة بل يزيد العين مرهاً وقبحاً، وأراد بالفارسي التوتيا والبرود الأبيض، فإن ذلك ليس بزينة بل يزيد العين قبحاً والمره أن لا تقبل العين الكحل فينتشر حواليها فتقبح العين. وقيل: معناه تسترخي العين إذا اكتحلت به.

قال أصحابنا: ويجوز ذلك أيضاً من غير ضرورة حاجته ليلاً ونهاراً، وقال بعض أصحابنا: هو زينة لبعض النساء كنساء مكة فيمنع منه البيض والسود، وهذا لأن الاعتبار بلونه لا يكون مستعمله.

وقال القفال: الإثمد: زينة لنساء العجم دون العرب؛ لأن أعينهن سود والإثمد: سود، والكحل الأبيض والأصفر زينة لنساء العرب دون العجم فيفرق بينهن في ذلك. وهذا غير صحيح أيضاً لما ذكرنا، ولو استعملت كحل الزينة في غير عينها جاز لأنها يزيد تشويهاً إلا الأصفر منه الذي له لون إذا طلي به الجسد كالصبر فتمنع منه فيما ظهر من الجسد، كالوجه ولا تمنع فيما بطن. ذكره في الحاوي[(٢)].

ثم قال الشافعي[(٣)]: «وَمَا اضْطَرَّتْ إِلَيهِ مِمَّا فِيهِ زِينَةٌ مِنَ الكُحْلِ اكْتَحَلَتْ بِهِ لَيْلاً وَتَمْسَحُهُ نَهَاراً» قال: وكذلك الإمام يعني الصبر، قال الأزهري: يقال المرأة إذا طلت حول عينيها بصبر أو زعفران قد دمت عينها، وكذلك إذا طلت غير موضع العين، وقيل: كل طلي تحسن به الوجه من اسفيذاج العرائس والكلكون ونحوه فهو الدمام، وقيل: هو ما تحمر به المرأة وجهها. وقيل: هو ما يلطخ به حول العين مثل الحضض (ق١٠٧ب) وغيره مما يبرد ويزيل حكة العين وحرقتها ونحو ذلك، فكل هذا زينة تمنع منه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٦).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٧٨). (٣) انظر الأم (٥/ ٣٦).

قال الشافعي[1]: «وَالصَّبْرُ زِينَةٌ يَصْفَرُّ وَلَيْسَ بِطِيبٍ فَأَذِنَ لَهَا بِاللَّيْلِ حَيْثُ لاَ تَرَى وَتَمْسَحُهُ بِالنَّهَارِ حَيْثُ يُرى وكَذَلِكَ مَا أَشْبَهَهُ». قال في «الأم»[2]: «وكذلك ما أرادت به الدواء. يريد به أنه إذا كان على وجهها شيء يحتاج أن يدع عليه الصبر للتداوي به وضعته عليه بالليل وتمسحه بالنهار، وإذا كانت تحت ثيابها قال في «الأم»: وضعته عليه بالليل والنهار والأصل فيه خبر أم سلمة في الصبر على ما ذكرنا.

وأما الطيب فإنه يحرم عليها لأنه يدعو إلى الجماع، وقد ذكرنا فيه الخبر.

وقال بعض أصحابنا: إذا قلنا: لا يجب الإحداد على المبتوتة هل يحرم عليها الطيب وجهان:

أحدهما: لا يحرم.

والثاني: يحرم لاختصاصه من بين محظورات الإحداد بتحريك شهوة الرجال وشهوة الرجال لها. وأما الغالية التي لا ريح لها لا يجوز لها استعمالها في وجهها لأنه زينة، ويجوز لها استعمالها تحت ثيابها لأنه ليس بطيب.

وأما الخضاب تمنع منه المعتدة للخبر، قال أصحابنا: وتمنع منه وإن غر السواد لأنهما معاً زينة وتحسين. قالوا: وإنما يمنع من ذلك فيما يظهر من اليدين والرجلين والوجه، فإن استعملت ذلك في غوامض بدنها حيث لا ترى فلا بأس به.

قال أصحابنا: ولا تحت جبينها لأن ذلك زينة لوجهها، وأما الاغتسال والتنظيف فلا شك في إباحته.

مسألة:

قَالَ[3]: «وَفِي الثِّيَابِ زِينَتَانِ إِحْدَاهُمَا جَمَالُ الثِّيَابِ عَلَى اللاَّبِسِينَ وَتَسْتُرُ العوْرَةَ».

الفصل:

أراد به أن في الثوب زينتان:

أحدهما: (ق١٠٨أ) تحصل بنفس الثوب وهي ستر العورة والبدن ويوجد ذلك في كل ثوب، قال اللَّه تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾ [الأعراف: ٣١] وأراد به ستر العورة.

والثاني: يحصل بإدخال صبغ عليه وإطلاق الزينة ينصرف إلى هذه الزينة دون غيره، قال الشافعي[4]: ونهى الحاد عن الزينة التي تدخل على الثياب دون الزينة التي تحصل تحت الثياب، فلا بأس أن تلبس الحاد كل ثوب من البياض لأن البياض ليس بمزين وكذلك الصوف والوبر.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٣).
(٣) انظر الأم (٥/ ٣٦).
(٤) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

قال في «الأم»[١]: والشعر وكل ما نسج على وجهه لم يدخل عليه صبغ من خز أو غيره، وإنما كان كذلك لأن البياض زينة للأصل في الخلقة، وذلك لا يحرم على الحاد قياساً على زينة خلقها وجمالها، فإنه لا يلزمها تغييرها بما يشوهها ويقبح وجهها وعلى هذا يجوز لها لبسه، وإن كان فاخر كالمروي المرتفع والمروي والنيسابوري والديبقي والعصب.

وأما الإبريسم لا نص فيه، قال أصحابنا: هو كغيره، إذا نسج على جهتِهِ من غير صنع، وإن كان أعلى ما في الباب من جنسه هكذا ذكره أهل العراق.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لما قال الشافعي[٢]: «لاَ بَأْسَ أَنْ تَلْبَسَ الحَادُّ كُلَّ ثَوْبٍ مِنَ البَيَاضِ [لأَنَّ البَيَاضَ] لَيْسَ بِمُزَيِّنٍ».

يدل على أنها يجوز لها لبس ثوب الإبريسم إذا كان أبيض اللون.

وقال القفال: لا يجوز لها لبس الإبريسم بحالٍ. وهذا غلط، لأن جنسه من أصل الخلقة لا زينة أدخلت عليه فلا تمنع منه.

وأما الخز فلها لبسه؛ لأن الصوف فيه يسير الإبريسم وللرجل لبس الخز، ومراد الشافعي بالخز ههنا خز لم يصبغ بل تدل على لونه. وقال القفال: وأما العتابي فإنها لا تلبسه لأن الإبريسم فيه ظاهر (ق١٠٨ب) فإن لحمته إبريسم ويغلب ذلك على سداه والاعتبار بما يظهر.

وقال سائر أصحابنا: هذا إذا دخل فيه الصبغ، فإن لم يصبغ فعلى ما ذكرنا لا يحرم، ثم قال الشافعي: **«وَكَذَلِكَ كُلُّ صَبْغٍ لَمْ تُرَدْ بِهِ تَزْيِين الثَّوْبِ مِثْلُ السَّوَادِ وَمَا صُبِغَ لِيُقَبِّحَ لِحُزْنٍ أَوْ لِنَفْيِ الوَسَخِ»**.

وهذا الكلام غيره المزني للاختصار فأفسده، لأنه يقتضي أن يكون ما صبغ للحزن غير السواد، والصواب ما قاله في «الأم» وكذلك كل ما صبغ لم يرد به تزيين الثوب مثل السواد وما أشبهه، فإن من صبغه بالسواد إنما صبغه لتقبيحه للحزن أو لنفي الوسخ عنه، وجملة الثوب الذي أدخل عليه الصبغ على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما قصد به دفع الوسخ أو إظهار الحزن كالكحلي يتعاطاه من كثرة وسخه كباعة الإدام ونحوهم، والسواد كله أعلاه وأدناه من خزٍّ كان أو غيره يلبس في العادة عند الغم والمصائب فلا تمنع منه الحاد.

قال في الحاوي[٣]: وهل يجب لبس السواد في الإحداد؟ وجهان:

أحدهما: يجب لاختصاصه بشعار الحزن في المصائب.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٤). (٢) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٨١).

والثاني: يستحب ولا يجب لاختصاص الوجوب بما يجتنبه دون ما يستعمله، وهذان الوجهان من اختلاف التأويلين في قوله ﷺ لأسماء بنت عميس: «تسلبي» فأحد التأويلين أنه [أراد به] لبس السواد فيكون واجباً لأمره وعلى التأويل الآخر لا يجب.

والثاني: ما يقصد به الزينة وهو الأحمر والأصفر والخلوتي والوردي ونحو ذلك فيمنع منه الحاد. وقال في «الأم»[1]: «لو كان في الثوب وشيء وتلميع مثل العصب والحبرة فلا تلبسه الحاد غليظاً كان أو رقيقاً، والمذهب أنه لا فصل بين ما صبغ من هذا بعد نسجه وبين ما صبغ غزله ثم نسج، وقال أبو إسحاق: إن كان صبغ بعد نسجه منعت منه (ق١٠٩أ) وإن كان صبغ غزله ثم نسج لم تمنع منه؛ لأنه إذا كان غزله مصبوغاً كان بمنزلة الثياب التي ذاتها زينة ونسجت على وجهها من غير صبغ.

وروي هذا عن عمر رضي اللّه عنه، وقد روي في خبر أم عطية: «إلا ثوب عصب» وفسرناه بهذا، قال أبو سليمان الخطابي: وهذا خلاف نص الشافعي ههنا، وفي الأم لأنه قال ههنا، وصباغ الغزل بالخضرة الصافية محرمة والعصب والحبرة يصبغ غزله قبل النسج ونص عليه في الأم[2].

وقد روي في خبر أم سلمة: «لا تلبس المعصفر ولا الممشق» ولم يفصل بين ما نسج بعد صبغ الغزل وبين ما نسج، ثم صبغ ولأن ما صبغ غزله، ثم نسج يكون أرفع وأحسن مما صبغ بعد النسج، ويحتمل أن يكون المراد بما قال في خبر أم عطية ما لا زينة فيه كالأسود والكحلى.

وقد قال مالك: لا تلبس ثوباً مصبوغاً بشيء من الصبغ إلا بالسواد، وقال سفيان الثوري: تنفى الزينة والثوب المصبوغ.

والثالث: ما يختلف حكمه باختلاف صبغه بالأخضر والأزرق ينظر فيه، فإن كان مشبع الخضرة كان إلى السواد أقرب، وإن كان صافي الخضرة كان إلى الأحمر أقرب فما كان منه مشبعاً لم تمنع منه لأنه كالكحلى، وما كان منه صافي اللون منعت منه لأنه زينة.

قال الشافعي[3]: «وَصِبَاغُ الغَزْلُ بِالخُضْرَةِ يُقَارِبُ السَّوَادَ لاَ الخُضْرَةَ الصَّافِيَةَ وَمَا فِي مَعْنَاهُ».

قال أصحابنا: يريد به أن الأزرق إذا كان مشبعاً فهو بمنزلة السواد، وإن كان صافياً نقياً فهو زينة وهو أحسن الألوان فيحرم عليها، وهذا قريب مما تقدم وجملة هذا الفصل أنها مأمورة بهيئة لا تبتدرها الأبصار ولا يستحسنها الناظر إظهاراً للتفجع على فراقه (ق١٠٩ب).

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٤).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

فرع:

يمنع من لبس الحلي سواء كان من الذهب أو الفضة، وقال في «البويطي»: ولا تلبس شيئاً من الحلي خاتماً ولا غيره؛ لأن في ذلك زينة، وحكى ابن المنذر، عن عطاء أنه قال: يحرم عليها حلي الذهب دون الفضة، وهذا غلط لخبر أم سلمة «ولا الحلي» ولم يفصل ولأنه يزيد في حسنها، ولهذا قال الشاعر:

وَمَا الحُلِيُّ إِلَّا زِينَةٌ لِنَقِيصَةٌ ... يُتِمْ مِنْ حُسْنٍ إِذَا الحُسْنُ قَصَّرَا
فَأَمَّا إِذَا كَانَ الجَمَالُ مُوَفَّراً ... كَحُسْنِكِ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى أَنْ يُزَوَّرَا

فرع آخر:

لو تحلت بالصفر والنحاس والرصاص، فإن كان مموهاً بالذهب أو الفضة أو كان مشابهاً لهما يخفى على الناظر إلا بعد شدة التأمل تمنع، وإن لم يشبه بهما روعي فيه حال المعتدة، فإن كانت من قوم جرت عادتهم بالتحلي بها منعت لأنه زينة لهم، وإن كانت من قوم لا يتحلون به وإنما يستعملونه لما يتصورون فيه من الحرز والنفع جاز لها لبسه لأنه ليس بزينة.

فرع آخر:

قال بعض أصحابنا: لو أرادت أن تلبس حلياً ليلاً وتنزعه نهاراً جاز، لكن إن فعلت ذلك لإحرازه لم يكره، وإن فعلت لغير حاجة كره ولم يحرم.

فرع آخر:

لا يحرم عليها أن تنام على فراش أو تضع رأسها على وسادة وإن كانت مستحسنة، ولا تمنع من أكل الحلو أو اللحم. فأما أكل ما فيه طيب من الحلو أو الطبخ يحرم لأنه يحرك شهوتها للرجال، وإن لم تتحرك لها شهوة الرجال. ذكره في الحاوي (١١/ ٢٨٣) وتمنع من لبس الوقايات.

فرع آخر:

لو كان على بياض الثياب طرز فإن كانت إعلاماً كباراً لم يجز لأنها زينة ظاهرة على الثوب، وإن كانت صغاراً خفية فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها زينة كالخاتم (ق١١٠أ) فتمنع.

والثاني: أنه عفو لا يمنع كخضابها.

والثالث: إن ركبت بعد النسج كان زينة محضة، وإن كان نسيجه معها لم يمنع لأنها غير مزيدة في الثوب، وتمنع من لبس القرموي والمقانع بطراز الذهب.

فرع آخر:

قال في «الأم»[1]: لو تركت الإحداد في عدتها حتى انقضت أو في بعضها كانت

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

مسيئة ولم يكن عليها أن تستأنف العدة.

فرع آخر:

قال أيضاً[١]: إن بلغها يقين وفاته أو طلاقه ولم تعرف اليوم الذي طلقها أو مات فيه اعتدت من يوم استيقنت بطلاقه ووفاته حتى تكمل عدتها كأنه شهد عندها قوم أنه مات في رجب وقالوا: لا ندري في أي رجب مات فتعتد من آخر ساعات النهار من رجب واستقبلت بالعدة شعبان.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَكَذَلِكَ كُلُّ حُرَّةٍ وَأَمَةٍ كَبِيرةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ، مُسْلِمَةٍ أَوْ ذِمِّيَّةٍ».

أراد أن الإحداد واجب على هؤلاء في عدة الوفاة؛ لأن كل من وجبت عليها عدة الوفاة وجب عليها الإحداد.

فأما الصغيرة فإن وليها يجنبها جميع ما يجب على الحاد أن تجتنبه، وهو قول الزهري على ما حكاه محمد بن إسماعيل البخاري عنه.

وأما الذمية فلا فرق بين أن يكون زوجها مسلماً أو ذمياً؛ لأن عدة الوفاة واجبة لها فكذلك الإحداد.

وقال أبو حنيفة: لا إحداد على الصغيرة لأنها غير مكلفة بالعبادات، وهذا غلط لأنَّا ألحقناها في أصل العدة بالمكلفة فكذلك في أصل العدة.

وقال أبو حنيفة أيضاً: لا يلزم الإحداد على الذمية في عدة المسلم، وإن لزمت العدة. ولا تلزم العدة ولا الإحداد على الزوج الكافر، واحتج بقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت» الخبر فقيد بالمؤمنة، وهذا غلط لأنها معتدة فيلزمها الإحداد كالمسلمة.

وأما الخبر (ق١١٠ب) فهو احتجاج بدليل الخطاب وهم لا يقولون به، وقد بيَّنا أنه يتعلق به حق الزوج فالكل سواء.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَلَوْ تَزَوَّجَتْ نَصْرَانِيَّةٌ نَصْرَانِيًّا فَأَصَابَهَا أَحَلَّها لِزَوْجِهَا الْمُسْلِمِ ويُحَصِّنُهَا».

الفصل:

قد ذكرنا هذه المسألة في كتاب النكاح، وقصد بقوله: «يحصنها» الرد على أبي حنيفة حيث قال: لا رجم على المشرك أصلاً ولا رجم على المسلم إذا أصاب النصرانية بالنكاح ثم زنى.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٣٧).
(٣) انظر الأم (٥/ ٣٧).

باب اجتماع العدتين

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا تَزَوَّجَتْ فِي العِدَّةِ وَدَخَلَ بِهَا الثَّانِي فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ بَقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنَ الأَوَّلِ».

الفصل:

قد بيَّنا أنه لا يجوز للمعتدة أن تنكح إلا بعد انقضاء العدة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٥] والنهي يدل على الفساد، فإن نكحت بطل النكاح، ولا يتعلق بهذا العقد شيء من أحكام النكاح بحالٍ، فإن كانا عالمين بالتحريم عزرا لأجل النكاح، ولكن لأنهما ارتكبا أمراً محظوراً وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً عزر الجاهل وعزر العالم.

وحكي عن مالك أنه قال: إذا انقضت العدة لا تجوز لمن تزوجها في العدة وفرق بينهما أن يتزوجها ثانياً وهي محرمة عليه ما لم تنكح غيره، وهذا مذهب غريب وعندنا لا تنقطع عدتها بنفس النكاح بحالٍ. نص عليه الشافعي[٢] في موضعين.

وقال أبو بكر القفال الشاشي: تنقطع عدتها بنفس النكاح وتصير به فراشاً للثاني أيضاً، حتى لو أتت بولدٍ لستة أشهر فصاعداً من وقت عقد النكاح فهو كما لو أتت به لستة أشهر من وقت العقد الصحيح، فجعلها بالعقد الفاسد فراشاً كما بالعقد الصحيح. واحتج بأن العقد الفاسد يسلك به (ق١١١أ) مسلك الصحيح، وخالفه سائر أصحابنا، وقالوا: هذا وجه لا يحكى ولا وجه له لأنه كلام فاسد فيلغى ولا حكم. فإن قيل: أليس قلتم لو راجع زوجته في العدة انقطعت العدة فقولوا: إذا نكحت انقطعت العدة. قيل: الفرق أن الرجعة صحيحة مبيحة فتصير به فراشاً وتنقطع العدة بخلاف هذا العقد.

فإن قيل: أليس الرجعية إذا تزوجت في عدتها انقطعت نفقتها وسكناهما بهذا النكاح، فهلا قلتم تنقطع عدتها به أيضاً، قيل: الفرق أنها إذا تزوجت فقد نشزت والنشوز يقطع النفقة والسكنى كما في حالة النكاح، بخلاف العدة فإنها لا تنقطع بالنشوز بدليل أنها لو تركت الإحداد والسكون في البيت لا تنقطع العدة فلهذا لا تنقطع بنفس النكاح ما لم يوجد حقيقة الوطء.

فإن قيل: لو خالعها، ثم تزوج بها في عدتها، تنقطع العدة بنفس النكاح فكذلك ههنا. قلنا: سَلمهُ أكثر أصحابنا، والفرق أن هذا العقد صحيح فتصير المرأة فراشاً وتنقطع العدة بخلاف هذا العقد.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٧).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

وحكي عن ابن سريج أنه قال: لا تنقطع عدتها إلا بوطئه كما لو تزوجها غيره في العدة لم تنقطع إلا بوطئه، وهذا غلط، والفرق ظاهر.

فإذا تقرر هذا فإنَّا نفرق بينهما، فإن كان قبل الدخول تكمل مدة الأول ولا كلام، وإن كان بعد الدخول، فإن كانا عالمين بالتحريم فالوطء زنى؛ لأن النكاح في العدة مجمع على تحريمه ولا تنقطع به عدتها؛ لأنها لم تصر فراشاً للواطىء. وكذلك إن كان الزوج عالماً بالتحريم دونها، وإن كانا جاهلين بالتحريم لقرب عهدهما بالإسلام، أو نشأ في بادية نائية، أو كان الزوج جاهلاً دونها انقطعت تلك العدة؛ لأنها صارت فراشاً للثاني. ومتى تعود إلى العدة؟ فقد ذكرنا أن الصحيح أنها تعود عقيب التفريق.

وقال بعض أهل خراسان: تعود عند آخر وطئات الثاني، ثم يلزمها أن (ق١١١ب) تعتد بقية عدتها من الأول، ثم تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان من رجلين على ما ذكرنا، وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة، وعن مالك روايتان، واحتج الشافعي في ذلك بقول عمر، وعلي رضي اللَّه عنهما، واستأنس بقول عمر بن عبد العزيز، والمزني ذكر قول عمر بن عبد العزيز في عزلته الاحتجاج ولا حجة في قوله، وإنما الحجة في قول الصحابة فلعل الشافعي أراد الاحتجاج بقول عمر، وعلي ثم أتبعهما عمر بن عبد العزيز لا على جهة الاحتجاج، ثم احتج الشافعي بالقياس، فقال[(١)]: «لأَنَّ عَلَيْهَا حَقَّيْنِ بِسَبَبِ الزَّوْجَيْنِ وَكَذَلِكَ كُلُّ حَقَّيْنِ لَزِمَاهَا مِنْ وَجْهَيْنِ» يعني لو لزمها دينان لرجلين لم يتداخلا فالعدتان يجريان مجرى دينين وتحريره أنهما حقان مقصودان لرجلين فلا يتداخلان كالدينين لرجلين، أو حقان لآدميين يتعلقان بالواطىء فلا يتداخلان كالمهرين لامرأتين، وتمام ما روي عن عمر رضي اللَّه عنه ما روي أن طلحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها البتة. فنكحت في آخر عدتها فضربها عمر رضي اللَّه عنه وضرب زوجها بالمخففة ضربات وفرق بينهما، ثم قال عمر: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول [وكان خاطباً من الخطاب، فإن كان دخل بها فرق بينهما] ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لم ينكحها أبداً[(٢)].

وروى أبي عمر أن علياً رضي اللَّه عنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من العدة للأول وتعتد من الآخر[(٣)].

وقال الشعبي: أتى عمر بامرأة تزوجت في عدتها فأخذ مهرها فجعله في بيت المال، وفرق بينهما، [وقال: لا يجتمعان وعاقبهما، فقل علي: ليس هكذا، ولكن هذه

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٥).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٣٩)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٨٠).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٤٠)، وفي «معرفة السنن» (٤٦٨١).

الحالة من الناس، ولكن يفرق بينهما] ثم تستكمل بقية العدة من الأول، ثم تستقبل عدةً أخرى ولها المهر بما استحل من فرجها فحمد اللَّه عمر وأثنى عليه[(١)].

وروى مسروق أن عمر رضي اللَّه عنه (ق١١٢أ) رجع عن ذلك وجعل لها مهرها وجعلهما يجتمعان[(٢)].

مسألة:

قَالَ[(٣)]: «وَلَوْ اعْتَدَّتْ بِحَيْضَةٍ، ثُمَّ أَصَابَهَا الثَّانِي فَحَمَلَتْ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا اعْتَدَّتْ بِالحَمْلِ، فَإِذَا وَضَعَتْهُ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ نَكَحَهَا الآخَرُ فَهُوَ مِنَ الأَوَّلِ».

الفصل:

قوله: «مِنْ يَوْمِ نَكَحَهَا الآخَرُ» أي من يوم وطئها الآخر، لأن بالنكاح الفاسد لا تصير فراشاً على ما ذكرنا والاعتبار بالوطء، وإنما يخبر عن الوطء بالنكاح؛ لأن الوطء في اللغة يسمى نكاحاً، أو لعله صور المسألة في رجل عقد عليها النكاح الفاسد وأصابها عقيب العقد من غير أن يطاول الزمان بين العقد والوطء، فلذلك ذكر العقد. وهذا كما قال في كتاب «العيدين» لا يزال الناس يكبرون في المصلى حتى يفتتح الإمام الصلاة. وقال في موضع حتى يخرج الإمام، وأراد حتى يفتتح الإمام الصلاة ولكن خروج الإمام إلى المصلى وافتتاحه في زمان واحد، فإن السنة أن لا يشتغل إذا انتهى إلى المصلي بشيء سوى الافتتاح، فلما تقارب الخروج والافتتاح استخار الشافعي في أن يعبر في موضع بالخروج، وفي موضع آخر بالافتتاح لا على قصد القولين، فكذلك ههنا صور في الزمان المقارب. وجملته أنه إذا وطئها الثاني فإنها تصير فراشاً للثاني بهذا الوطء وهي فراش بالنكاح، ولا يخلو بعد التفرق بينها وبين الثاني من أن تكون حاملاً أو حائلاً، فإن كانت حاملاً فعدتها بالأقراء أو بالشهور فتكمل عدة الأول، ثم تعتد من الثاني، وإنما قدمنا عدة الأول لأنها سابقة، وأنها وجبت عن وطء متاح ثم للأول أن يراجعها في بقية عدتها منه، وإذا راجع سقطت عدتها منه وشرعت في عدة الوطء بالشبهة ويجتنبها الزوج حتى تفرغ، وإن كانت بائناً. قال أبو حامد (ق١١٢ب) وجماعة: لا يجوز له أن ينكحها بخلاف الرجعة؛ لأن النكاح إنما يجوز فيمن تحل منها عقيب العقد شيء ولا تحل هذه لزوجها عقيب العقد لمكان عدة الثاني وهي كالمحرمة لا يحل نكاحها.

قال: فإن قيل: لو كانت البقية بقية عدته ينفرد بها كان له العقد عليها فيها. قيل: إنما يجوز ذلك إذا لم يكن عليها غير عدته. قال: ورأيت كثيراً من شيوخ المذهب يقول

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٤٥).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٤٦)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٦٤).
(٣) انظر الأم (٥/ ٣٨).

في تلك البقية معتدة عن الأول والثاني معاً، ثم تستأنف للثاني عدة وهذا بعيد لا يحكى.

وقال القفال: ظاهر المذهب أن له أن ينكحها، ومن أصحابنا من قال: لا ينكحها بخلاف الرجعة لما ذكرنا، وهذا غلط على ما ذكرنا، وإن لم يراجعها الأول حتى انقضت عدتها منه فللثاني أن ينكحها في عدتها منه، فإن كانت حاملاً فالكلام في ثلاثة أحكام في حكم النسب والعدة والرجعة، فإن أتت بولد لوقت يمكن أن يكون من الأول ولا يمكن أن يكون من الثاني على ما تقدم بيانه يلحق بالأول وعدتها منه، فإذا وضعت استأنفت للثاني ثلاثة أقراء، فإن كان الطلاق بائناً فلا رجعة له عليها، وإن رجعياً فله الرجعة ما لم تضع؛ لأنها في عدته، فإذا وضعت انقطعت رجعته وليس له مراجعتها في مدة اجتماعهما مع الأول لأنها خارجة فيها من عدةٍ وفراش لغيره، فإن راجع فيها كانت الرجعة باطلة.

وقال في «الحاوي»(١): له حين الرجعة ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم وقت [الرجعة] بتقدم حملها على الوطء الثاني فرجعته صحيحة على ما ذكرنا لعلمه بأنها في عدته.

والثانية: أن يعلم بحملها وقت رجعته ولا يعلم تقدمه على وطء الثاني ففي صحة رجعته وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر المذهب يصح لأنها صادفت مدة عدته.

والثاني: لا يصح، لأن الحمل قبل وضعه مشتبه الحال متردد بين أن يكون (ق١١٣أ) منه فيملك فيه الرجعة، وبين أن يكون من غيره فلا يملكها فصار شاكاً في استحقاقها فيه فبطلت.

والثالثة: أن يراجعها وهو غير عالم بحملها، فإن كان قبل أن يمضي عليها بقية عدته صحت، وإن كان بعد مضيها لم يصح اعتباراً بالظاهر من انقضائها، وإن كانت في الباطن باقية فيها وصارت رجعية مع اعتقاده انقضاء العدة عبثاً منه، إن وافقت زمان العدة، وإن أتت به لوقت لا يمكن أن يكون من الأول ويمكن أن يكون من الثاني يلحق بالثاني وتنقضي عدتها به عن الثاني، ثم تكمل بعد الوضع بقية عدة الأول، فإن كان الطلاق رجعياً، وقلنا إنه كالطلاق البائن من أن مدة أكثر الحمل في حقها تكون من وقت الطلاق لا من وقت انقضاء العدة، فله الرجعة في بقية عدتها منه بعد الوضع وجهاً واحداً، وإن كانت في مدة النفاس؛ لأنها وإن كانت لا تعتد بمدة النفاس من العدة فهي من جهة العدة كالحيض الذي وقع فيه الطلاق. وهل له أن يراجعها قبل الوضع؟ قد ذكرنا وجهين.

قال صاحب «الحاوي»(٢) الصحيح أنه لا يجوز لأنها معتدة من غيره وذكر وجهاً عن بعض أصحابنا أنه لا يجوز في مدة النفاس لأنها غير معتدة في هذه الحالة منه، قال: والصحيح عندي ههنا أنه يجوز، وهذا غريب، وإن أتت به لوقتٍ لا يمكن أن يكون

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٩٩).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٩٩).

لواحد منهما فهو منتفٍ عنهما ولا تنقضي به عدة واحد منهما فتكمل بعد الوضع عدتها من الأول ثم تستأنف للثاني عدة كاملة.

وقال أبو حامد: عندي أنها تعتد به عن أحدهما لا بعينه؛ لأنه يمكن أن يكون منه بدليل أنه لو أقر به لحقه. فعلى هذا إذا وضعت اعتدت بثلاثة أقراء احتياطاً، وإن رأت على الحمل دماً، وقلنا: إنه حيض، فإن قلنا بقول أبي حامد لم يعتد بأقرائها لئلا (ق١١٣ب) تتداخل عدتان في حق شخصين.

وإن قلنا بقول الجمهور فهل تحتسب بأقرائها من العدة؟ وجهان:

أحدهما: لا تحتسب، لأنها لم تعتد بالحمل فبالأقراء التي على الحمل أولى.

والثاني: تحتسب، لأنه إذا سقط حكم الحمل في العدة ثبت فيها حكم الأقراء، كما تعتد بها مع الحمل إذا كانت العدتان معاً من صاحب الحمل على ما تذكر، فعلى هذا إن مضت لها في مدة الحمل خمسة أقراء انقضت عدتها إذا كان بقي من الأول قرءان.

وأما الرجعة فهي للأول من طلاقه الرجعي واستحقاقها معتبر بالحمل في سقوط إحدى العدتين به، فإن قلنا تسقط به إحدى العدتين فلا رجعة للأول في زمان الحمل، ولا في زمان الأقراء بعد وضع الحمل؛ لأن كل واحد من الزمانين قد يجوز أن يكون من عدة الأول، فصار كل واحد منهما مشكوكاً في استحقاق الرجعة فيه فلم يجز أن يستحقها بالشك، ولو جمع بين رجعتها في الحمل ورجعتها في القرءين بعد الحمل احتمل صحة رجعته وجهين:

أحدهما: يصح لمصادفة إحداهما زمان العدة.

والثاني: لا يصح، لأنه لما لم يتعين في إحداهما لم يصح مع إبهامها، ذكره في الحاوي[1]. وإن قلنا بالحمل لا تسقط إحدى العدتين وأنها بالأقراء فعدة الأول مقدمة على عدة الثاني سواء اعتدت بأقرائها على الحمل أو لا، ويجوز له أن يراجعها في الباقي من أقراء عدته، وفي جواز رجعتها في الحمل وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنها غير معتدة به منه.

والثاني: يجوز، وإن لم تعتد به كالحيض ولا يجوز للثاني أن يتزوجها في عدة الحمل ولا [في عدة][2] الأول ويجوز له أن يتزوجها في عدته.

وإن أتت به لوقت يمكن أن يكون من كل واحد منهما أريناه القافة على ما ذكرنا، فإن لم يكن قافة أو أشكل على القافة.

قال الشافعي[3]: ههنا «لا تكون بائن واحد منهما» ومعناه لا تكون بائن واحد منهما

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٠٢).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٠٢)، فقد استدرك ما بين المعقوفتين منه.

(٣) انظر الأم (٥/ ٢١٥).

بعينه (ق١١٤أ) وإلا فهو ابن أحدهما بغير عينه.

واعلم أن قول الشافعي: «فإن لم يكن قافة» يريد به في موضع الولد المتنازع فيه وما قاربه إلى مسافة أقل من يوم وليلة، ولم يرد أن لا يكونوا في الدنيا لأنهم لا يخلون من الحجاز. ولا يلزم إذا بعدوا أن يحمل الوالد إليهم ولا أن يحملوا إليه كالشهود والولي الغائب فيجري مجرى العدم، فإن تكلفوا إحضارهم يجوز.

وقال أيضاً[١]: لو مات قبل أن يرى القافة أو ألقته ميتاً فلا يكون ابن واحد منهما وأجرى حكمه إذا مات قبل أن تراه القافة حكم ما لو لم تكن قافة، وظاهره أنه لا يرى القائف بعد الموت.

واختلف أصحابنا في هذا، فقال عامة أصحابنا: الولد الميت لا يرى القائف وهو ظاهر النص؛ لأنه الشبه الخفي والدلائل الغامضة والحلية بطلت بالموت.

وقال أبو إسحاق: يرى القائف ما لم يتغير؛ لأن الشبه قائم بعد الوفاة، قال: ومعنى قول الشافعي لم يذكر الدفن، وإنما ذكر الموت فقط.

وقال بعض أصحابنا: إذا خرج ميتاً نُظر، فإن كان موته قبل أن تستكمل أوصافه لم يحكم فيه بالقافة، وإن كان بعدتنا هي صورته فيه وجهان على ما ذكرنا إذا مات بعد خروجه، وإن كان حكم القافة في المولود ميتاً أضعف، ولو مات المتنازعان في الولد وكان القائف يعرف الميت في حياته بكلامه وألحاظه وشمائله وإشاراته، لم يؤثر موته في حكم القائف، وجاز أن يلحقه بعد الموت بحكم شبهه منه.

وقال القفال: يجوز هذا الإلحاق إن كان هناك ولد، وهذا غريب.

فإذا تقرر هذا يترك الإشكال في موضع حتى يبلغ فينتسب إلى أيهما شاء (ق١١٤ب). وأما العدة فالاحتياط أن تأتي بعد النفاس بثلاثة أقراء على ما ذكرنا، وأما الرجعة، قال أصحابنا: لا رجعة للأول في الأقراء الثلاثة فإنه لا يعلم أنها في عدة منه أو في عدة من الثاني ولا تصح الرجعة بالشك، ولو أراد أن ينكحها لا يجوز للأول ما لم تنقض عدتاهما.

وأما الثاني فلا يجوز له أن يتزوجها في مدة الحمل لحق به أو لا، لأنه إن لحق به فبعده عدة لغيره، وإن تزوجها في الأقراء بعد الحمل فما كان في القرءين فباطل لأنه متردد بين أن يكون من عدته، وبين أن يكون من عدة الأول، والنكاح لا يستباح بالشك بخلاف الرجعة في أحد الوجهين؛ لأن النكاح عقد لا يجوز أن يكون موقوفاً خلوها العدة، والرجعة يجوز أن تكون موقوفة على بقاء العدة، وإن تزوجها في القرء الثالث يجوز لأنه متردد بين أن تكون معتدة منه أو خالية من العدة، ولو أراد الأول مراجعتها قبل وضع الحمل فقد قلنا: إنه إن كان من الثاني هل للأول أن يراجعها في حال حملها من

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٥).

الثاني؟ وجهان.

فإن قلنا: له ذلك كان له مراجعتها ههنا؛ لأنه إن كان من الثاني صح، وإن كان منه فأولى بأن يصح.

وإن قلنا: ليس له ذلك وإن كان منه فقد تردد بين أن يجوز ولا يجوز فمعناه للشك، فإن خالف وراجع ينظر، فإن ألحق الولد بالثاني فالرجعة باطلة وجهاً واحداً، وإن لحق بالأول هل تصح الرجعة؟ وجهان:

أحدهما: تصح، لأنا تبيَّنا أنه فعل ما كان له فعله.

والثاني: لا تصح، لأنه راجعها معتقداً أنه لا يجوز كما لو باع مال والده الغائب، ثم بان أنه كان قد مات، وقد ورثه منه هل يصح البيع قولان؟ وكذلك إن راجع بعد وضع الحمل وقلنا: ليس له ذلك راعينا الحمل، فإن كان ملحقاً بالأول فالرجعة باطلة، وإن كان ملحقاً بالثاني هل تصح الرجعة؟ (ق١١٥أ) فيه وجهان، وإن كان ذلك في القرء الثالث بعد الوضع فالرجعة باطلة بكل حالٍ؛ لأنه إن كان الولد ملحقاً بالأول فهي في عدة الثاني، وإن كان ملحقاً بالثاني فالذي عليها أن تكمل عن الأول بقرءين فهذا الثالث ليس بعدة منه.

وقال القفال: إن أراد أن تصح رجعته يلزمه أن يراجعها مرتين مرة بعد وضع الحمل في القرءين ومرة قبله، وإن كانت بائناً فنكحها مرتين على هذه الصورة هل يصح النكاح؟ وجهان، إذا جوزنى له أن ينكحها وعدة الأجنبي أمامها أحدهما يجوز كالرجعة.

والثاني: لا يجوز لأنه عقد نكاح على الشك ولا يعرف متى يجوز له نكاحها، وهذا يشبه القولين في توقف العقد على التبيين.

قال القفال: وهذا العرض على القافة إذا ادعياه أو أنكراه أو سكتا عن الإنكار وعن الدعوى، وإنما عرضنا عند سكوتهما لحق الولد في النسب، ولو ادعاه أحدهما وأنكر الآخر فيه وجهان:

أحدهما: هو للمدعي كالمال.

والثاني: يرى القائف؛ لأن النسب حق الولد، وحق اللَّه تعالى فلا يسقط بالإنكار وترك الدعوى. وهذا هو المشهور عند أصحابنا، والوجه الأول غريب.

فرع:

حكى يونس بن عبد الأعلى، عن الشافعي رحمة اللَّه تعالى عليه، أنه قال: اختلف عمر وعلي رضي اللَّه عنهما في ثلاثة مسائل: القياس فيها مع علي رضي اللَّه عنه وبقوله: أقول.

إحداها: أنها إذا تزوجت في عدتها ودخل بها الثاني تحرم هي على الثاني أبداً عند عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه وبه قال مالك، وعن أحمد روايتان وكان يقوله في

القديم. وعند علي رضي اللّه عنه وسائر الفقهاء لا تحرم عليه على التأبيد وهو قوله الجديد وهكذا الخلاف (ق١١٥ب) في كل وطء أفسد النسب حرمت به على المفسد على التأبيد مثل وطء زوجة غيره بشبهة، أو أمة غيره بشبهة في قوله القديم. ووجه هذا أنه استعجل الحق قبل وقته فحرمه اللّه تعالى في وقته، كالميراث إذا قتل مورثه لم يرثه، ولأنه سبب يفسد النسب فيحرم به على التأبيد كاللعان ووجه قوله الجديد أن اللّه تعالى ذكر أعيان المحرمات، ثم قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٤]، ولأنه لو كان مباحاً لم يحرم به على التأبيد فكذلك إذا كان حراماً بالزنى، ولأنهم قالوا: لو كان عالماً بالتحريم لا يحرم على التأبيد لعلمه أنه مزجور بالحد فاستغنى عن الزجر بتأبد التحريم بخلاف الحامل، فإن الجاهل مفسد النسب فزجر عن إفساده بتأبيد التحريم بخلاف العالم وهذا لا يصح، لأن العالم أشد جرماً وبالزنى يفسد النسب أيضاً، وإن لم يكن له حكم الإلحاق لزانٍ فهو بالزجر والتغليظ أولى، وأيضاً الوطء لا يقتضي تحريم الموطوءة على الواطىء بل يقتضي تحريم غيرها على الواطىء وتحريمها على غير الواطىء فما قالوا خلاف الأصول.

وأما قولهم إنه استعجل بالحق باطل كما لو طلق امرأته ثلاثاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإن نكحها بعد ذلك ودخل بها لم يحرم عليه أبداً وإن استعجل.

وأما قياسه على اللعان لا يصح؛ لأن الوصف لا يوجد في الأصل، فإن اللعان لا يفسد النسب، ولأن الجاهل غير مفسد للنسب؛ لأنه إذا علم نسبه إلى نفسه والعالم هو المفسد لأنه أضاف ولده إلى غيره.

وقال أهل البصرة من أصحابنا: ذكر الشافعي في القديم ما ذكر حكاية ولم يعتقده مذهباً، ومن قال: إنه ذكره مذهباً لنفسه (ق١١٦أ) اختلفوا هل يكون تفريق الحاكم بينهما شرطاً في هذا التحريم المؤبد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يكون شرطاً وحرمت أبداً سواء افترقا بأنفسهما أو فرق الحاكم بينهما كما في الرضاع.

والثاني: يكون شرطاً كاللعان مؤبد التحريم ولا يتم إلا بالحاكم.

والمسألة الثانية: امرأة المفقود فيها قولان. قال في القديم: تأتي الحاكم حتى تضرب أكثر من الحمل أربع سنين، ثم ثانية ليفرق بينها وتعقد عدة الوفاة، ثم تحل، وبه قال عمر رضي اللّه عنه وقال في «الجديد»: لا تصبر أبداً، وبه قال علي رضي اللّه عنه، ولفظه: إنها امرأة ابتليت فلتصبر.

والثالثة: إذا تزوجت الرجعية بعد انقضاء العدة وكان زوجها المطلق غائباً ودخل بها الثاني، ثم عاد المطلق وأقام بينة أنه راجعها قبل انقضاء عدتها، قال عمر رضي اللّه عنه: الثاني أحق بها، وقال علي رضي اللّه عنه هي للأول وهو قولنا.

فرع آخر:

قال ابن أبي هريرة: المشرك إذا تزوج بمشركة في العدة ثم أصابها وأسلم يكون عليها عدة واحدة؛ لأنه لم يؤخذ علينا حفظ نسائهم، وإنما أخذ علينا حفظ نسائنا، ولهذا المعنى لا نتزوج بهن في حال العدة لئلا تختلط أنسابهم بأنسابنا. قال: وهذا إذا لم يكونوا أهل عهد، فأما إذا كانوا أهل عهد فقد وجب علينا بالعهد حفظ أنسابهم فعليها أن تأتي بالعدتين جميعاً، ونقل صاحب الإفصاح: هذه المسألة واختصرها، وقال: وكذلك المشركة تزوج في عدتها بمشرك فيسلم زوجها كان عليها ثلاثة أقراء؛ لأن الماء (ق١١٦ب) الأول لا حرمة له، وإنما يستبرئها بالأجل حرمة الإسلام، وقال القاضي الطبري: رأيت أصحابنا المتأخرين ببغداد يذكرون في هذه المسألة وجهاً آخر أن عليها عدتين، ويقولون: لا نعلم للشافعي أن عليها عدة واحدة بل القياس على أصله يقتضي عدتين، وقد طلبت هذه المسألة في الأم فلم أجدها، وذكر القاضي أبو علي البندنيجي أن هذه المسألة مذكورة في الجامع الكبير، والجواب: أنهما يتداخلان لأنه لا حرمة لماء الكافر فيجوز إبطال حقه، وهو ظاهر المذهب. ومن أصحابنا من قال: لا يتداخلان وهو الأقيس؛ لأنه لو لم يكن لمائه حرمة لم تجب العدة أصلاً، وهذا أصح عندي، وهو اختيار أصحابنا بخراسان، وقيل: نص الشافعي في هذه المسألة أنهما يتداخلان فقيل: المسلمة والحربية سواء ففيهما قولان نقلاً وتخريجاً ونسبوا هذا إلى أبي حامد وهو غريب بعيد.

فرع آخر:

لو وطء رجل زوجة رجل بشبهة فدخلت في عدة الوطء، ثم طلقها زوجها قبل انقضاء عدة الوطء فيه وجهان:

أحدهما: تأتي بما بقي من عدة الوطء لتقدمها، ثم تستأنف عدة الطلاق وتسقط بها الباقي من عدة الوطء، ولا نقول: تدخل بعينها في عدة الطلاق، وهذا لأن هذه العدة طرأت على نكاح فجاز أن يسقط حكمها لضعفها بعد النكاح لقوة النكاح، ولأن هذه العدة وجبت عن وطء محظور، والعدة الثانية وجبت عن وطء مباح فكانت الثانية أقوى فزاحمتها، وقيل: هذا اختيار أبي إسحاق، ومثل هذا ذكره صاحب الحاوي[1]، وقال القاضي الطبري، قال أبو إسحاق: تقدم عدة الزوج فاعتدت بثلاثة أقراء، ثم أكملت عدة الواطيء بالشبهة وكذا ذكره. (ق١١٧أ) أبو حامد من أحد الوجهين وهذا أقيس.

فرع آخر:

إذا زوج أمته من رجل فطلقها بعد الدخول بها وجبت عليها العدة، فإن باعها في زمان عدتها من رجل صح البيع لأنه ليس فيها أكثر من تحريم الاستمتاع، ويجوز شراء

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٠٣).

أمة لا تحل له كالأخت من الرضاعة ولا يصح أن يتزوجها؛ لأن المقصود من النكاح الاستمتاع فلا يجوز على محرمةٍ الاستمتاع، والمقصود من البيع الثمن وهذه مباحةً الثمن فافترقا، فإذا ثبت أن البيع صحيح فإن كان المشتري عالماً بحالها لم يكن له الخيار، وإن لم يعلم ثم علم بعد العقد فله الخيار إن شاء رد البيع وإن شاء أجازه، كما لو وجدها مزوجة كان له الخيار، فإن أجاز البيع فعليه أن يستبرئها بعد انقضاء العدة. نص عليه في الإملاء لأنهما وجبا لسببين مختلفين، فإن العدة تجب الوطء، والاستبراء باستحداث الملك دون الوطء فلم يجز أن يتداخلا، ولو زوج أم ولده فوطئها زوجها، ثم طلقها فانقضت عدتها جاز لسيدها وطئها من غير الاستبراء نص عليه؛ لأن السيد لم يزل ملكه عنها وإنما حرم عليه وطئها لعارض، فإذا زال حلت، كما لو رهنها قبل انفكاكها من الرهن لم يجب عليه أن يستبرئها.

فرع آخر:

لو اشترى رجل من رجل جارية لم يطلقها فعليه أن يستبرئها بقرء لحدوث ملكه، فإن باعها قبل أن يستبرئها يلزم الثاني أن يشتريها بقرء لحدوث ملكه عليها فإن قيل: فقد تداخل الاستبراءان من رجلين قلنا: هذا الاستبراء يجب لحدوث الملك ويسقط بزوال الملك، فلما زال الأول ملكه قيل: الاستبراء سقط ولزم الثاني أن يستبرئها بقرءٍ واحدٍ. ولهذا قال أصحابنا: إذا اشترى جارية لم يطأها مولاها ثم أعتقها قبل أن يستبرئها سقط الاستبراء (ق١١٧ب).

فرع آخر:

لو وطء الشريكان جارية مشتركة بينهما كان عليها أن تستبرىء نفسها من كل واحد منهما بقرءٍ ولا يتداخلان.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: **أحدهما**: هذا، **والثاني**: يكفي قرء واحد عنهما. والفرق أن العدة لوطء قد مضى والاستبراء لوطء في المستقبل، بدليل أنه لو اشترى أمته من امرأة يلزم الاستبراء، وهذا ضعيف لأن أصل الاستبراء، وإن كان للوطء في المستقبل، ولكن من هذه الصورة للوطء الماضي فلا فرق.

فرع آخر:

إذا وجبت العدتان لرجل واحد مثل إن طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم وطئها يلزمها استئناف العدة، ثم لا يخلو إما أن تكون حائلاً، فإن كانت حائلاً لا يخلو إما أن يحبلها بهذا الوطء أو لا يحبلها به، فإن لم يحبلها فعليها عدة الوطء ثلاثة أقراء وإكمال عدة الطلاق تمام ثلاثة أقراء، وتدخل إحدى العدتين في الأخرى لأنهما عدتان لرجل من جنس واحد فيتداخلا، وإن كان قد اختلفا فقد وجبت عليها عدتان: عدة الوطء بالوضع

وعدة الطلاق بالأقراء، فهل تتداخل العدتان؟ وجهان:

أحدهما: لا يتداخلان لأنهما جنسان مختلفان كحد الزنى وحدّ الشرب.

والثاني: يتداخلان لأنهما عدتان من رجل واحد كما لو كانتا من جنس واحد، فعلى هذا تنقضي كلا العدتين بوضع الحمل وتدخل الأقراء كلها في زمان الحمل؛ لأنَّا نتيقن بوضعه براءة الرحم وله أن يراجعها في زمان الحمل، وعلى هذا قال أصحابنا: لو زنى بكراً ثم زنى ثيباً هل يتداخل الحدان؟ وجهان:

فإذا قلنا: لا يتداخلان فإذا وضعت ولم تر في زمان الحمل دماً فإنها تأتي ببقية عدتها بعد وضع الحمل وانقضاء نفاسها فله الرجعة في الباقي من أقراء الطلاق بعد وضع الحمل وعليه النفقة، وفي مراجعتها ووجوب نفقتها قبل وضع الحمل وجهان:

أحدهما: لا تجوز الرجعة (ق١١٨أ) ولا تجب النفقة لأنها عدة من وطء شبهة، فعلى هذا إن وطئها في الحمل حُدَّ.

والثاني: تجوز الرجعة وعليه النفقة؛ لأنه لما تعقب الحمل عدة الطلاق جرى على مدة الحمل أحكام عدة الطلاق، فعلى هذا إن وطئها في الحمل لم يُحدّ.

وإن رأت الدم قبل الحمل. فإن قلنا: لا يكون حيضاً فالحكم على عدتها إذا لم تر الدم أصلاً.

فإذا قلنا: يكون حيضاً اعتدت بالأقراء على الحمل من عدة الطلاق وبوضع الحمل من عدة الوضع، فإن سبق وضع الحمل انقضت به عدة الوطء وأتت بالباقي من أقراء الطلاق وحكم الرجعة والنفقة على ما مضى، وإن سبقت الأقراء على وضع الحمل انقضت بها عدة الطلاق وانقضت بوضع الحمل عدة الوطء، وفيه وجه آخر أنها تحتاج أن تأتي بالباقي بعد وضع الحمل والنفاس بكل حالٍ؛ لأن زمان الأقراء على الحمل لا يحتسب من العدة، وهذا ضعيف والمذهب الأول، فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما لو طلقها وهي حامل فحاضت على الحمل لا تعتد بالأقراء، وإن كان الحيض صحيحاً؟ قلنا: الفرق أن هناك لا عدة عليها إلا عدة واحدة فلم تعتد إلا بالحمل الذي هو أقوى في البراءة، وههنا عليه عدتان إحداهما: بالحبل فجاز أن تكون الأخرى بالأقراء التي هي على الحمل.

وإن كانت حاملاً عند الطلاق، ثم وطئها يجب عليها به ثلاثة أقراءٍ، وهل تدخل في عدة الحمل؟ وجهان على ما ذكرنا.

فإذا قلنا: تدخل فإذا وضعت انقضت العدتان وله أن يراجعها في زمان الحمل.

وإذا قلنا: لا تدخل فإن كانت ترى الدم على الحمل، وقلنا: إنها تحيض تكون عدتها من الطلاق بوضع الحمل، وعدتها من الوطء تكون بالأقراء التي على الحمل وحكم الرجعة على ما ذكرنا.

(ق١١٨ب) فرع آخر

إذا راجع الرجعية تنقطع عدتها بنفس الرجعة، وقال مالك: لا تنقطع عدتها حتى يطأها، وهذا خطأ لأن العدة حظر والرجعة إباحة فهما ضدان لا يجتمعان.

فرع آخر:

لو مات على الرجعة وكانت تزوجت في العدة وهي حامل، وحملها يجوز أن يكون من الأول ويجوز أن يكون من الثاني ففي التوارث بينهما في عدة القرءين بعد وضع الحمل وجهان:

أحدهما: لها الميراث، لأن الأصل بقاء العدة.

والثاني: لا ميراث لها لأن الميراث لا يستحق بالشك.

فرع آخر:

لو تزوج بأمةٍ على أنها حرة فوطئها على أنه يطأ امرأته الحرة، ثم بان أنها كانت أمة تعتد بقرءين، والاعتبار بحالها لا باعتقاده؛ لأن عدة الزوجية معتبرة بحال الموطوءة دون الواطىء. وكذلك لو تزوجها على أنها أمة فوطئها على ذلك، ثم بان أنها حرة تعتد بثلاثة أقراء. وكذلك لو وطئت الحرة بشبهة ملك فعليها عدة مثلها ولا تنقلب عدتها إلى الاستبراء بالظن، ولو وطئت الأمة بشبهة ملك فعليها استبراء مثلها؛ لأن الوطء بشبهة الملك كالوطء بالملك الصحيح في حكم الاستبراء، والوطء بشبهة النكاح كوطئها بالنكاح الصحيح في العدة. وعلى هذا لو وطء أمة غيره ظنها زوجته يكفيها استبراء أمةٍ بحيضةٍ اعتباراً بالموطوءة.

ومن أصحابنا من قال: إذا وطء حرة واعتقد أنها أمة يلزمها عدة حرة بلا إشكال، ولو وطء أمة بنكاح واعتقد أنها حرة فيه وجهان:

أحدهما: تعتد عدة أمة.

والثاني: تعتد عدة حرة؛ لأن اعتقاد الواطىء لما غير حكم الولد حتى حكمنا بحريته كأنه ولد حرة، وكذلك يجب أن يغير حكم العدة أيضاً. وعلى هذا لو وطء أمة (ق١١٩أ) ظنها زوجته يلزمها عدة الزوجية. ذكره ابن سريج، وهذا غلط لأن نسب الولد وحريته يتعلق بحقه فاعتبر علمه وجهله، والعدة حق عليها فكان الاعتبار بها دونه.

فرع آخر:

إذا تزوج امرأة بنكاح فاسد وخلا بها ولم يطأها هل تصير بهذه الخلوة مع النكاح الفاسد فراشاً كما نجعلها بالوطء فراشاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو الصحيح لا تصير فراشاً ما لم يطأها؛ لأن العقد في الأصل فاسد.

والثاني: تصير فراشاً؛ لأن الخلوة تسليط على الإصابة، فصارت كالإصابة. ذكره

بعض أصحابنا بخراسان.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَإِنْ كَانَ أَوْصَى لَهُ بِشَيءٍ وَقِفَ حَتَّى يَصْطَلِحَا فِيْهِ».

أراد به إذا كان الحمل مشكلاً وأمكن أن يكون من الأول، ومن الثاني فأوصى رجل له بمال فالوصية صحيحة، لأن الوصية لما في البطن تصح.

فإذا ثبت هذا لا يخلو من أن تلده حياً ثم يموت أو تلده ميتاً، فإن ولدته ميتاً فالوصية باطلة، لأنه لم يثبت له حكم الحياة، وإن ولدته حياً ثم مات لا يخلو موته من أحد أمرين؛ إما أن يكون قبل قبول الواطئين لهذه الوصية، أو بعد قبولها، فإن قبلها الواطئان فقد استقرت الوصية وملكها الطفل في حياته؛ لأن أحدهما أب فإذا قبلاها تيقنا أن الأب قد قبل الوصية للطفل، فكذلك لو ترك حتى يبلغ فينتسب فبلغ وقبل، ثم مات قبل أن ينتسب ملك ذلك، ثم ينظر فإن لم يحلف مع الواطئين أمه وقف جميع ماله بين الواطئين حتى يتبين الأب منهما أو يصطلحان، وإن حلفت معهما فإن الأم لها ثلاثة أحوال ههنا:

أحدها: تستحق فيه الثلث بيقين، وهو إذا لم يكن لها ولد ولا للواطئين ولد، فيدفع إليها بالثلث ويجعل الباقي (ق١١٩ب) موقوفاً بين الواطئين.

والثاني: تستحق السدس بيقين، وهو أن يكون للأم ولدان أو لكل واحد من الواطئين ولدان، أو يكون لهما ولد ولكل واحد من الواطئين ولد فيكون لها السدس ويجعل الباقي موقوفاً.

والثالث: يكون ما تستحقه مشكوكاً فيه وهو أن يكون للأم ولد واحد، ولأحد الواطئين ولد آخر؛ لأنه يحتمل أن يكون أبوه الذي له ولد فيكون للأم السدس لأنه خلف أبوين وأخوين، ويحتمل أن يكون أبوه الذي لا ولد له فيكون له أخ واحد فلا تحجب الأم من الثلث. وكذلك إذا كان لأحد الواطئين ولدان ليس للآخر ولا للأم ولد، فإنه يحتمل أن يكون أبوه الذي له ولدان فيكون للأم السدس ويحتمل الآخر فيكون للأم الثلث، فإذا أمكن ذلك.

قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة: يحتمل وجهين أحدهما: يكون لها الثلث ويوقف الباقي ولا يحجبها من الثلث إلى السدس إلا بيقين الحجب وليس ههنا يقين.

والثاني: لها السدس لأنه تعين وما زاد عليه مشكوكاً فلا يثبت بالشك.

وإن مات الطفل قبل أن يقبل الواطئان فالورثة يقومون مقامه في القبول فيجب أن يقبل الأم والواطئان، فإن قبلوا صحت الوصية واقتسموها على ما بيناه وإن ردوها بطلت الوصية ورجعت إلى ورثة الموصي هذا إذا قال: أوصيت لهذا الحمل هكذا. فأما إذا قال: أوصيت

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٩).

لهذا الحمل الذي هو ولد فلان هكذا فسمي أحد الواطئين، فإن ألحق به صحت الوصية وكان المال للطفل، وإن ألحق بالآخر بطلت الوصية؛ لأن الصفة وهو قوله ولد فلان بمنزلة الشرط لم يستحق مع عدمه. وإن ألحق بالذي سماه إلا أنه نفاه باللعان، قال أبو إسحاق: تصح الوصية لأن نفي اللعان لا يتعدى من الزوج إلى غيره، وهو اختيار أبي حامد (ق١٢٠أ) ومن أصحابنا من قال: تبطل الوصية لأنه لما نفاه باللعان حكمنا بأنه ليس بابن له في الظاهر فلم يوجد الشرط، وقد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الوصايا.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَالنَّفَقَةُ عَلَى الزَّوْجِ الصَّحِيحِ النِّكَاحِ».

الفصل:

أراد به أن المعتدة إذا نكحت في عدتها وظهر بها حمل يمكن أن يكون من كل واحدٍ منهما فلا يؤخذ الزوج بنفقتها حتى تضع؛ لأنه يمكن أن يكون من الزوج فيلزمه نفقتها ويمكن أن يكون من الواطىء فلا يلزمه نفقته، ولا يلزم الزوج المطلق أيضاً لأن الحمل إذا كان من غيره لم يلزمه أن ينفق عليها، وإنما أجاب الشافعي به على القول الذي يقول إن النفقة للحامل دون الحمل فيختص بوجوب النفقة على هذا القول الزوج المطلق دون الواطىء بالشبهة.

فأما إذا قلنا: إن النفقة للحمل وجب على كل واحد منهما أن ينفق على الحمل، فإذا ثبت هذا وولدته فإن ألحق الزوج أخذت منه نفقتها من يوم طلقها وإن ألحق بالثاني لم يجب لها عليه شيء ويلزمه أن ينفق على الولد بعد الولادة.

وَقَالَ[٢]: «وَإِنْ أُشْكِلَ أَمْرُهُ لَمْ آخُذْهُ بِنَفَقَتِهِ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَيْهِ».

قال أصحابنا: معناه إذا لم يكن قافة أو كانت قافة وأشكل عليها وقف الولد حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما، قالوا: ويجب على كل واحد منهما أن ينفق عليه نصف النفقة؛ لأنه يجوز أن يكون من كل واحد منهما بدلاً من الآخر، ومعنى قول الشافعي: **«وَإِنْ أَشْكَلَ أَمْرُهُ لَمْ آخُذْهُ بِنَفَقَتِهِ حَتَّى يَنْتَسِبَ إِلَيهِ». أي لا آخذه بنفقته تامة، وإنما أخذه بنصف نفقته.**

ومن أصحابنا من حمل هذا الكلام على ظاهره وقال: «لا تجب عليها النفقة، لأنه إيجاب النفقة بالشك (ق١٢٠ب) فأشبه الزوج في حال الحمل لا يجب عليه أن ينفق عليها إذا قلنا: إن النفقة للحامل لأنه لا يجوز أن يكون الحمل لغيره، فكذلك ههنا والمذهب الأول والتأويل ما ذكرنا. والفرق بين الزوج في حال الحمل وبينه بعده الولادة أنها إذا

---

(١) انظر الأم (٥/٣٩).

(٢) انظر الأم (٥/٣٩).

ولدت فنفقة الولد واجبة على أحدهما لا محالة، فإذا أشكل أوجبنا عليها نصفين. وليس كذلك في حال الحمل إذا قلنا إن النفقة للحامل؛ لأنه لا يجوز أن لا يكون على واحدٍ منهما نفقتها في حال فدل على الفرق. هذا تفسير كلام المزني.

فأما شرح هذه المسألة فإن لها تفصيلاً طويلاً، وجملته أن الرجل إذا طلق امرأته فإن كانت رجعية فلها النفقة حائلاً كانت أو حاملاً، فإن كانت حائلاً فلا نفقة وإن كانت حاملاً فلها النفقة قولاً واحداً، فهل النفقة للحمل أو للحامل؟ قولان: فإذا قلنا: للحامل أنفق عليها في حال الحمل.

وإذا قلنا: للحمل فهل ينفق عليها في حال الحمل يوماً بيوم، وإذا وضعت؟ قولان:

أحدهما: ينفق عليها في حال الحمل، **والثاني**: إذا وضعت فيدفع إليها جميع النفقة للأيام الماضية. هذا إذا لم تتزوج، فإن تزوجت [في] عدتها فإن كانت رجعية أسقطت نفقتها من يوم تزوجت لأنها صارت ناشزة، ثم إذا فرق الحاكم بينهما فإن لم يظهر بها حمل أكملت عدة الأول ولزمه أن ينفق عليها من هذا الوقت إلى أن تنقضي العدة وإن ظهر بها حمل يحتمل أن يكون من كل واحد منهما.

فإن قلنا: إن النفقة في حال الحمل للحامل دون الحمل فلا نفقة على واحد منهما؛ لأن الثاني ليس بزوج حتى يجب أن ينفق عليها في عدتها، وأما الأول وهو الزوج المطلق فإن النفقة إنما تلزمه إذا كان الحمل منه، وإذا كان من غيره لا يجب (ق١٢١أ) فإذا أمكن أن يكون منه ومن غيره لم نوجب عليه النفقة بالشك، فإذا وضعت فإن كان هناك قائف أريناه، فإن ألحقه بالمطلق دفع ما مضى من النفقة وعليها أن تأتي بثلاثة أقراء للثاني ولا نفقة فيها لها عليه؛ لأنه ليس بزوج. وإن ألحق الولد بالواطىء، فإن عليه أن ينفق على الولد من حين ألحق به، وقد انقضت عدتها منه ولا يلزمه نفقة مدة الحمل، وعليها أن تتم بقية عدتها من المطلق، وعليه أن ينفق عليها بقية العدة. وهل يلزمه أن ينفق عليها في مدة النفاس؟ وجهان:

أحدهما: يلزمه أن ينفق عليها كما إذا راجعها في مدة النفاس صحت الرجعة، ولأنها خرجت من عدة الثاني ودخلت في بقية عدتها منه فعليه النفقة، وليس إذا لم تحتسب به من العدة ما يدل على أنه لا نفقة لها، كما لو طلقها في حال الحيض لا تحتسب بزمان الحيض من العدة ولها النفقة فيه لأنها من العدة، والثاني: لا نفقة لها لأن النفاس لا تعتد به من بقية العدة، وإنما هو تابع لزمان الحمل ويستولد منه ولم نوجب طلاقه فلم يجب عليه النفقة فيه وإن لم يكن هناك قائفاً أو كان أشكل عليه وقف الولد حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما، فأما هذه فإنها ترجع على المطلق بنفقة أقل المدتين من حين فرق بينهما إلى أن وضعته، ومن بقية عدتها بالأقراء من المطلق، فأيهما كان أقل رجعت على المطلق بنفقته؛ لأن ذلك واجب عليه بيقين، فإن الحمل إن كان من الأول فنفقتها في زمان الحمل عليه، وإن كان في الثاني فنفقتها في بقية العدة عليه. وأما نفقة

الولد فإنها تجب على المطلق والواطىء بالشبهة نصفين حتى يبلغ فينتسب. والفرق بين زمان الحمل وبين هذه الحالة قدمناه، وهذا كله في الرجعية. فأما إذا كانت بائناً فالحكم على ما بيناه (ق١٢١ب) في الرجعة إلا في رجوعها على المطلق، فإنها إذا وضعت وقلنا: إن النفقة للحامل وكان الأمر مشكلاً، وقفنا الولد حتى يبلغ فينتسب ولا ترجع هي على المطلق بنفقة أقل المدتين؛ لأن الحمل إن كان من الثاني فلا نفقة لها في بقية عدتها من الأول، لأنها تكون فيها بائن حائل فلا نتيقن وجوب النفقة لها عليه ويجب عليهما أن يتفقا على الولد حتى يبلغ فينتسب، فإذا بلغ وانتسب نظر، فإن انتسب إلى المطلق فإن المرأة ترجع عليه بنفقة زمان حملها، وأما رجوع الواطىء بالشبهة عليه فيما أنفق على الولد إلى أن انتسب إليه لا يخلو إنفاقه من أحد أمرين:

إما أن يكون بأمر الحاكم أو بغير أمره، فإن كان بغير أمره فهو متطوع بالإنفاق فلا يرجع عليه، وإن كان بأمره لا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يكونا مدعيين، أو منكرين، أو أحدهما مدعياً للولد والآخر مكراً، فإن كانا مدعيين لم يرجع الواطىء بالشبهة على المطلق؛ لأن الواطىء بالشبهة يقول: إنه ولدي وقد أنفقت عليه ولا أستحق به الرجوع على أحد، وإنما غلط الصبي بالانتساب أو القافة بالإلحاق، وإن كانا منكرين فإنه يرجع عليه لأنه أنفق بأمر الحاكم على ولد المطلق، وإن كان أحدهما منكراً والآخر مدعياً، فإن كان المنكر الواطىء بالشبهة رجع عليه، وإن كان مدعياً لم يرجع، وإن انتسب إلى الواطىء بالشبهة، فإن رجع المطلق عليه على ما بيَّنّاه، وإن مات هذا الصبي قبل أن ينتسب فعليهما تكفينه؛ لأنه لما لزمهما الإنفاق عليه في حياته لزمهما تكفينه بعد موته، فإذا انكشف الأمر كان حكم التراجع على ما بيَّنّاه.

قال المزني: خالف في إلحاق الولد في أكثر من أربع سنين بأن له الرجعة، وأراد به أن الشافعي قال فيما مضى: فإن كانت وضعته لأكثر من أربع سنين (ق١٢٢أ) من يوم فارقها الأول وكان طلاقه لا يملك فيه الرجعة فهو للآخر، فإن كان يملك فيه الرجعة وتداعياه أو لم يتداعياه ولم ينكراه ولا واحد منهما أريه القافة فإن ألحقه بالأول، فقد انقضت عدتها منه فألحق الولد بالزوج من الرجعية لأكثر من أربع سنين، وقد بيَّنا ذلك فيما مضى وقلنا إن المسألة على قولين فأغني عن الإعادة.

باب عدة المطلقة يملك زوجها رجعتها ثم يَمُوتُ أَوْ يُطَلِّقُ

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِنْ طَلَّقَهَا طَلْقَةً يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا، ثُمَّ مَاتَ اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الوَفَاةِ».

هذه المسألة ذكرناها قبل هذا، وهي أن الرجعية إذا مات زوجها وهي في عدتها تعتد عقيب الوفاة أربعة أشهر وعشراً، ونورثها زوجها لأنها في معنى الزوجات، ولأنها

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٩).

ما بانت بالطلاق لأنه يستبيحها من غير عقد جديد، فإذا مات فالموت أبانها فوجبت عدة ما أبانها وهي عدة الوفاة، ولأن عدة الوفاة آكد لأنها تلزم قبل الدخول وقد بيناها.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ رَاجَعَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا».

الفصل:

قد ذكرنا هذه المسألة وبينا اختيار المزني أنها تستأنف العدة، قال أبو إسحاق: وهذا أقيس. وقيل: إنه قول ابن جريج وعبد الكريم، وطاوس، والحسن بن مسلم.

واحتج المزني بأن عدتها سقطت برجعته ونحن لا نسلم على القول الآخر ما ذكره، بل نقول: هو موقوف.

ثم قال الشافعي[٢]: «وَمَنْ قَالَ بِهَذَا انْبَغَى أَنْ يَقُولَ رَجْعَتُهُ مُخَالِفَةٌ لِنِكَاحِهِ إِيَّاهَا ثُمَّ يُطَلِّقَها قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا». يعني أن المطلقة لو كانت بائنة يخلع وهي في العدة فجدد المخالع نكاحها، ثم طلقها قبل أن يمسها لزمها (ق١٢٢ب) البناء على ما سبق من العدة، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يلزمها أن تستأنف العدة عن النكاح. وظاهر اللفظ يوهم أنه أراد نكاح الرجعية في العدة، ولم يرد ذلك فلا يظن عليه، وإنما لم يستقل الشافعي بتمام تصوير المسألة بأن ذلك لا يكاد يشكل على العالم بمذهبه.

ثم قال مفرعاً على قول الاستئناف[٣]: **«وَيُشْبِهُ أَنْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ: ارْتَجَعَ أَوْ لَمْ يَرْتَجِعْ سَوَاءٌ»** يعني من قال إذا راجعها، ثم طلقها قبل أن يمسها يلزمه استئناف العدة لزمه أن يقول: لو اتبعها طلاقاً من غير أن يرتجعها لزمها الاستئناف ويحتج «بِأَنَّ زَوْجَهَا لَوْ مَاتَ اعْتَدَّتْ مِنْهُ عِدَّةَ الوَفَاةِ وَوَرِثَتْ كَمَنْ لَمْ تُطَلَّقْ».

وقال بعض أصحابنا: لم يقصد الشافعي تعليق القول في مسألة الاتباع إذا اتبع طلاق طلاقاً، بل لا يختلف قوله هناك أنه يكفيها البناء على العدة السابقة ولا يلزمها الاستئناف، وإنما قصد الشافعي بهذا الكلام تضعيف أحد القولين في المسألة السابقة وهي إذا راجعها ثم طلقها قبل أن يمسها ففيها قولان:

أحدهما: لا يلزمها استئناف العدة والشافعي قد يفعل مثل هذا التضعيف أحد القولين ألا ترى أنه قال في «كتاب البيوع» في اللحمان هل هي صنف أو أصناف؟ فيه قولان، ثم قال: ومن قال إنه صنف واحد لزمه أن يقول: الثمار صنف. فذكر أن القول به يفضي إلى ما نقول به أحد فكان باطلاً كذلك ههنا. وهذا اختيار أبي إسحاق، والمزني، فإذا طلق الرجعية ثانياً لا تستأنف العدة بل تبنى على ما بقي؛ لأن جملة الطلاق

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٩).
(٢) انظر الأم (٥/ ٤٠).
(٣) انظر الأم (٥/ ٤٠).

الثلاث لما أوجبت ثلاثة أقراء إذا أوقعها مجتمعاً (ق١٢٣أ) فكذلك إذا وقعها متفرقاً فلا نوجب أكثر منها، ويفارق هذا إذا راجعها، ثم طلقها لأنه لما راجعها سد الثلمة التي أوقعها الطلاق، فإذا طلقها بعد ذلك كان كابتداء طلاق في نكاح، قد دخل بها فيه فاستأنفت، بخلاف ما لو لم يراجِعها. وعبارة المزني ههنا أنه قال: «وإنما طلق امرأته مدخولاً بها في غير عدة فهي في معنى من ابتدأ نكاحها» وقوله: في غير عدة: احتراز عن مسألة الاتباع؛ لأن هناك الطلاق الثاني صادف العدة، وإذا راجعها ثم طلقها فالطلاق الثاني كأن لم يكن في العدة لانقطاعها بالرجعة.

وقال الاصطخري: هذا تفريع والكل على قولين، واحتج للقول الآخر بما لو مات تستأنف العدة، والجواب أن عدة الوفاة جنس آخر لأنها تتنوع نوعين، وعدة الطلاق تتنوع ثلاثة أنواع، وعدة الوفاة أقوى فإنها تجب من غير دخول وههنا العدتان واحدة وليست إحداهما أقوى من الأخرى، فلم يراجعها. وقيل: إن قلنا إذا راجعها تبني فإذا اتبع أولى وإن قلنا: هناك تستأنف ففي الاتباع قولان.

فرع:

قال القفال: إذا قلنا في الرجعية يراجعها زوجها، ثم يطلقها تبني على عدتها لو مضى قرء، ثم راجعها في الطهر الثاني لا يحتسب لها أول هذا الطهر الذي راجعها فيه قرء؛ لأن جزءاً من أول الطهر لا يدل على براءة الرحم بخلاف جزء من أجزاء الطهر، فإن ذلك يدل على براءة الرحم لإيصاله بأول الحيض، فإن طلقها بعد الرجعة في هذا الطهر بعينه احتسبت بباقيه قرءاً ثانياً (ق١٢٣ب) وإن لم يطلقها حتى حاضت فلا تحتسب بهذا الطهر ألبتة، وكذلك لو راجعها في الطهر الأول أمسكها حتى حاضت، قلنا: لم يحصل لك شيء فعليك ثلاثة أقراء، ولو احتسب ببعض الطهر من أوله قرء يحصل لها قرءان في طهر واحد، بأن يراجعها في خلال طهر، ثم يطلقها فيه وذلك محال.

فرع آخر:

قال: «ولو كانت حاملاً فراجعها فوضعت الحمل، ثم طلقها، وإن قلنا تستأنف العدة هناك فههنا أولى بأن تستأنف ولا كلام، وإن قلنا: تبني هناك فههنا وجهان:

أحدهما: تستأنف ثلاثة أقراء إذ محال أن تنقضي العدة منه وهي تحته في صلب نكاحه ووضع الحمل حصل وهي تحته فيجعل كأن الحمل لم يكن.

والثاني: لا عدة عليها البتة بعد الطلاق، بل يحكم بأن عدتها قد انقضت بوضع الحمل، وإن كانت تحت الزوج ويجوز أن تنقضي العدة بالحمل في حال لا تنقضي فيها بالأقراء، والأشهر كما لو نكحت في العدة وهي حامل فوضعت تحت الزوج الثاني انقضت عدتها من الأول، وفي هذه الحالة لا تنقضي عدتها بالأقراء والأشهر، أعني بعدما وطئها الثاني وقبل أن يفرق بينهما، وكذا إذا حبلت من الثاني فبوضع الحمل تنقضي

عدتها منه إذا وضعت بعدما فرق بينهما، ولولا الحبل لكانت تبدأ ببقية عدة الأول، وهذا الفصل لم يذكره أصحابنا بالعراق.

باب عدة امرأة المفقود إذا نكحت غيره

مسألة:

قَالَ[١]: «فِي امْرَأَةِ الغَائِبِ أَي غَيْبَةً كَانَتْ لَا تَعْتَدُّ وَلاَ تَنْكَحُ أَبَداً».

الفصل:

الغائب غائبان؛ غائب غاب شخصه ولم يغب خبره كالأسير يتصل خبره، وكالتاجر خرج إلى بلد (ق١٢٤أ) فأقام طويلاً، فهذا لا يزول ملكه عن ماله، ولا عن زوجته، فإن كان له مال ينفق عليها نفقة الحاكم، وإن لم يكن كتب إلى الحاكم الذي هو في بلده ليطالبه بحقوقها، وغائب غاب شخصه وانقطع خبره وهو المفقود، فإذا فقد لا فصل بين أن يفقد في جوف البلد، أو في السفر، أو بين الصفين في الحرب، أو كان في مركب فانكسر ولا يعلم حاله فلا خلاف أنه لا يزال ملكه عن أمواله وتكون باقية بحالها لا تورث ولا يتصرف فيها. وأما الحكم في زوجته، قال في القديم: تأتي الحاكم حتى يأذن لها أن تتربص أربع سنين، ثم يحكم بوفاته وتعتد عدة الوفاة، ثم تحل ويكون ابتداء التربص من حين أمرها الحاكم لا من حيث فقد.

وروي ذلك عن عمر، وعثمان، وابن عباس، وابن عمر، والأوزاعي، ومالك، وأحمد، وإسحاق رضي اللَّه عنهم. وحكي عن مالك أنه فرق فقال: إن خرج نهاراً لا يكون حكمه حكم المفقود، وإن خرج ليلاً يكون مفقوداً.

وقال في الجديد: تكون على الزوجية أبداً حتى يأتيها يقين وفاته، وبه قال علي رضي اللَّه عنه، وعمر بن عبد العزيز، وهو قول أهل الكوفة ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والنخعي، والثوري، وأبي حنيفة. وقيل: رجع عن قوله القديم.

وذكر القفال أنه قال في الجديد: من حكم بهذا نقضت حكمه لأن هذا يخالف القياس الجلي.

وقال صاحب الحاوي[٢]: لو حكم حاكم بقوله القديم هل ينقض حكمه؟ وجهان:

أحدهما: ينقض، لأن القياس قوي، وقد رجع عمر رضي اللَّه عنه.

والثاني: لا ينقض لأن الخلاف منتشر ظاهر، وهذا أظهر.

وفيما حكاه القفال نظر، (ق١٢٤ب) واحتجوا بما روى عبد الرحمٰن بن أبي ليلى أن امرأة أتت عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه، فقالت: إن زوجي خرج إلى مسجد مكة

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤١).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣١٩).

ففقد فأمرها عمر أن تتربص أربع سنين فتربصت، ثم عادت فقال لها: اعتدي بأربعة أشهر وعشراً فلما انقضت أتت إليه فقال لها: قد حللت للأزواج فتزوجت فعاد زوجها فأتى عمر رضي اللَّه عنه فقال له: تزوجت امرأتي فقال: وما ذاك؟ قال: غبت أربع سنين عنها فزوجتها، فقال عمر: يغيب أحدكم أربع سنين في غير غزو ولا تجارة، ثم يأتيني فيقول: تزوجت امرأتي [فقال له: إن لي عذراً يا أمير المؤمنين، قال: وما عذرك] فقال: خرجت إلى مسجد أهلي فاستلبني الجن فمكثت معهم فغزاهم جن من المسلمين فوجدوني معهم في الأسر فقالوا: ما دينك؟ فقلت: الإسلام فخيروني بين أن أكون معهم وبين الرجوع إلى أهلي، فاخترت الرجوع إلى أهلي فسلموني إلى قوم، فكنت أسمع بالليل كلام الرجال وبالنهار أرى مثل الغبار فأسير في أثره حتى أهبطت عندكم، فخيره عمر بين أن يأخذ زوجته، وبين أن يأخذ مهرها(١).

وروي عن عثمان بن عفان رضي اللَّه عنه أنه قضى به مثل ذلك(٢)، وروي عنهما: ثم يطلقها ولي زوجها بعد أربع سنين، ثم تتربص بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج.

وقال مسروق: لولا أن عمر خير المفقود بين امرأته وبين الصداق لرأيت أنه أحق بها إذا جاء(٣).

وأيضاً إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته كان لها الخيار لما عليها من الضرر بفقد الاستمتاع فههنا ولا مال ولا استمتاع ودخل الضرران جميعاً أولى أن يثبت حق الفراق، وهذا غلط لما روى المغيرة بن شعبة رضي اللَّه عنه أن النبي ﷺ قال: (ق١٢٥أ) امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»(٤) وروي: «حتى يأتيها بيقين موته أو طلاقه» ولأن الأصل بقاء الزوجية فلا تزال بالشك، ولأنه لم يحكم بموته في الميراث ولهذا لا يقسم ماله بين ورثته فلا يحكم بموته في إبانة زوجته، وهذا معنى قول الشافعي: «لا يجوز أن تعتد من وفاته ومثلها يرث إلا ورثت زوجها» وقوله: «ومثلها يرث» أي ليست بقاتلة ولا مملوكة ولا كافرة.

وقصد الشافعي بهذا الكلام الرد على أبي حنيفة حيث قال: إذا مضى مائة وعشرون سنة من وقت ميلاد الزوج فلم يرجع ولم يظهر له خبر جاز لها أن تعتد وتنكح زوجاً آخر، لأن هذه المدة أطول ما يعهد من العمر في هذه الأعصار، ثم قال: إنها لا تأخذ ميراثه، فاحتج عليه بما ذكر.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٧٠).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٦٧)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٧١).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٧٤)، وفي «معرفة السنن» (٦/ ٧٢).

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣١٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٥٦٥)، وقال في التعليق المغني على الدارقطني: وهو حديث ضعيف، قال ابن أبي حاتم في العلل: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هذا حديث منكر، ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث، يروي عن المغيرة بن شعبة مناكير وأباطيل. قال ابن القطان: وسوار أشهر في المتروكين منه.

وأما خبر عمر قلنا: روينا عن علي خلافه وهو أنه قال الذي قال عمر ليس بشيء هي امرأة الغائب حتى يأتيها يقين موته أو طلاقها ولها الصداق من هذا بما استحل من فرجها ونكاحه باطل[١].

وقال الشعبي: قال علي: هي امرأة للأول إن شاء طلق، وإن شاء أمسك ولا تخير[٢].

وروي عن علي مثل قول عمر والمشهور ما ذكرنا، وأما فصل الضرر باطل بما لو كان معروف الغيبة، وأما الاعتبار بالنفقة والعنة عيبان ظاهران للفسخ فثبت الفسخ بهما، وههنا سبب الفسخ الموت، وهو غير معلوم يقيناً علم الحكم به.

فرع:

إذا قلنا بقوله القديم، قد ذكرنا أن ابتداء التربص من حين يأمرها الحاكم به، وبه قال الأوزاعي وهو اختيار أبي إسحاق المروزي من أصحابنا.

وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان:

أحدهما: ما ذكرنا.

والثاني: ابتداءه من حيث انقطع خبره، وفقد أثره، وبه قال أحمد (ق١٢٥ب) وهو اختيار القفال، ووجهه، أن هذا التربص للحكم بموته فكان من حين انقطاع خبره وهذا غلط؛ لأن عمر رضي اللَّه عنه أمرها بالتربص وقت قضائه، ولأن هذه المدة تثبت على الاجتهاد فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العدة.

فرع آخر:

إذا انقضت المدة هل يكون ذلك حكماً بوفاته أو يحتاج إلى استئناف حكم به؟ فيه وجهان محتملان:

أحدهما: ما تقدم من الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضاء تلك المدة لأنه مقصود التقدير فتدخل في العدة بعد انقضائها ولا يلزمها معاودة الحاكم.

والثاني: وهو الأظهر أنه بعد انقضائها تحتاج إلى أن يحكم لها الحاكم بموته، لأن عمر رضي اللَّه عنه استأنف حكمه بعد انقضاء المدة، ولأن الحكم بأصل العنة لا يكون حكماً بالفرقة حتى يحكم بها الحاكم، فكذلك الحكم بأجل العنة، فعلى هذا لا تدخل في العدة بعد انقضاء المدة إلا أن يحكم لها الحاكم بموته فتقع الفرقة بما حكم به من الموت، ثم تدخل بعده في العدة وتحل حينئذٍ بانقضاء العدة.

فرع آخر:

إذا حكم الحاكم بالفرقة، هل يقع ظاهراً وباطناً أو يقع في الظاهر دون الباطن؟

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٦٣). (٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٦٢).

وجهان، وقيل قولان:

أحدهما: يقع ظاهراً وباطناً؛ لأن هذا الفسخ مختلف فيه، فإذا أدى اجتهاد الحاكم إليه نفذ ظاهراً وباطناً كالفسخ بالعنة والإعسار.

والثاني: يقع ظاهراً لا باطناً، لأن عمر رضي اللَّه عنه خير المفقود حين قدم بين زوجته أو مهر مثلها فاختارها فردها إليه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ طَلَّقَهَا وَهُوَ خَفِيّ الغَيْبَةِ أَوْ آلَى مِنْهَا أَوْ تَظَاهَرَ أَوْ قَذَفَهَا لَزِمَهُ مَا يَلْزَمُ [الزَّوْجَ] الحَاضِرَ».

إذا طلق المفقود امرأته التي فُقد عنها أو آلى منها أو تظاهر أو قذفها، فإن كان هذا قبل أن يرفع أمرها (ق١٢٦أ) إلى الحاكم أو بعد المرافعة قبل الحكم بالفرقة صح هذا كله، كما لو كان حاضراً، وإن كان هذا منه بعد أن حكم الحاكِم بالفرقة فعلى قوله الجديد: الحكم فيه كما لو لم يحكم بينهما؛ لأن وجود الحكم وعدمه سواء.

وأما على قوله القديم، فإن قلنا: الفرقة تقع ظاهراً وباطناً لا تثبت هذه الأحكام وهو كالأجنبي معها، وإن قلنا: تقع ظاهراً فقط يثبت هذا الحكم.

وقال القاضي الطبري: قال ابن أبي هريرة، وصاحب الإفصاح: هذا على قوله الجديد والقديم؛ لأن الزوج إذا رجع وأخبر بهذه الأحكام تيقنا خلاف ما حكم، فكان حكمه باطلاً، كما إذا ظهر نص بخلاف حكمه، وإذا كان حكمه باطلاً كان نكاح الأول بحاله وهذه الأحكام ثابتة كما لو كان حاضراً.

قال القاضي الطبري: ولا يحتمل على المذهب غير هذا: والحكم في هذا الموضع بخلاف الأصول؛ لأن كل مسألةٍ اجتهاد إذا حكم الحاكم فيها وجب إمضاءه.

وقد قال أصحابنا ههنا: إن النكاح الثاني فاسد وإن حكم به الحاكم؛ لأن قوله القديم مخالفٌ لقياس لا يحتمل إلا معنى واحد، وفي هذا الذي قاله نظر عندي.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ اعْتَدَّتْ بِأَمْرِ الحَاكِمِ أَرْبَعَ سِنِين، ثُمَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً فَنَكَحَتْ وَدَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ كَانَ حُكْمُ الزَّوْجِيَّةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ زَوْجِهَا الأَوَّلِ بِحَالِهِ».

قال ابن أبي هريرة، وصاحب الإفصاح: هذا على القولين جميعاً؛ لأن الزوج إذا رجع تبيَّنا أن حكمه بوفاته كان خطأً فوجب ردها على الأول، وهذا كما لو غصب عبداً فأبق منه فغرمه الحاكم قيمته، ثم رجع العبد وجب رده على المغصوب منه واسترجع قيمته منه فكذلك ههنا.

---

(١) انظر الأم (٥/٤١).

(٢) انظر الأم (٥/٤٢).

وقال أبو إسحاق: هذا مبني على أن الفرقة تقع ظاهراً وباطناً أو تقع في الظاهر دون الباطن؟ فإن قلنا: تقع (ق١٢٦ب) ظاهراً وباطناً لا ترد إليه، كما لو فرق بينهما بعيب العنة، وإن قلنا يقع ظاهراً ترد إليه وهذه الطريقة اختيار جماعة أصحابنا.

وقال الداركي: سمعت أبا إسحاق يقول مرة أخرى: إذا غاب الزوج الأول وقد تزوجت فإنها للثاني ولا ترد إلى الأول، وإن لم تكن تزوجت فإنها ترد إلى الأول، وإن كان الحاكم فرق بينهما؛ لأن المقصود من هذه الفرقة إزالة الضرر، فإن لم تكن تزوجت لم يحصل المقصود فكان الأول أولى، وهذا كالمتيمم إذا رأى الماء بعد الدخول في الصلاة لا يلزمه الخروج منها لاتصال التيمم المقصود، بخلاف ما لو رأى الماء قبل الدخول في الصلاة. وقال بعض أصحابنا: لا ترد إلى الأول قولاً واحداً ونكاحه باطل بكل حالة؛ لأن علة الفسخ انقطاع غيره وعدم العلم بأثره، وهذه العلة موجودة، وإن بان حياً من بعد ذكره في «الحاوي»(١).

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا خلاف في قوله القديم أن الشريعة فسخت نكاح المفقود، ولكنه إذا ظهر هل ينفسخ نكاح الثاني بحضوره؟ فيه وجهان:

أحدهما: ينفسخ بظهوره.

والثاني: وهو الأصح لا ينفسخ ولكن يثبت للزوج الأول الخيار، فإن أجاز نكاحه وأخذ منه مهر المثل جاز، وإن فسخ كان له ذلك، وهذا غريب بعيد. فحصلت خمس طرق في هذه المسألة، واختار القاضي الطبري الأولى، وقال: لا يحتمل المذهب غير هذا القول.

فرع:

إذا قلنا: نكاح الثاني باطل ففي زمان بطلانه وجهان:

أحدها: أن يعود الزوج الأول تبيناً أنه وقع باطلاً حين العقد.

والثاني: أنه صحيح عند العقد ويبطل عند العلم بحياة الأول، كالغاصب إذا غرم قيمة الآبق، ثم رجع ردت القيمة بعد صحة الملك، وفائدة هذا الخلاف (ق١٢٧أ) أنَّا إذا قلنا بالرجعة للأول يلزمه مهر المثل إن كان قد دخل بها؛ لأن النكاح لا ينعقد موقوفاً ولا شيء إن لم يكن، وإذا قلنا بالوجه الثاني يلزمه نصف المهر المسمى إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها يلزمه تمام المهر المسمى.

فرع آخر:

إذا عاد الزوج الأول قال مالك، وأحمد: هو بالخيار بين أن ينتزعها من الثاني وبين أن يقرها عليه ويأخذ منه مهر مثلها.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٢٠).

وحكى الكرابيسي، عند الشافعي مثل هذا، وأنكره سائر أصحابنا، واحتجوا بخبر عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه أنه خير المفقود حين قدم بين زوجته أو مهر مثلها. وهذا غلط لأنها لا تخلو إما أن تكون زوجة للأول أو زوجة للثاني وأيهما كان فالتخيير محال.

وأما خبر عمر رضي اللَّه عنه محمول على المصالحة والتبرع ليستأنف العقد الثاني.

فرع آخر:

لو حكم الحاكم بالفرقة، وفرق بينهما وتزوجت، ثم بان بعد ذلك أنه كان ميتاً حين الحكم بوفاته وانقضت عدتها، فعلى قوله القديم حكم وكان له الحكم، وفرق وكان له التفريق، فصادف في الباطن ما فعله في الظاهر وصح نكاح الثاني ظاهراً وباطناً.

وأما على القول الجديد فيه وجهان:

أحدهما: أن نكاح الثاني صحيح، لأنه صادفها ولا زوج لها ولا هي في عدة من زوج فكان صحيحاً.

والثاني: نكاحه باطل، لأنه لم يكن له الإقدام عليه قبل العلم بالحال. وأصل هذه المسألة إذا باع مال والده على ظن أنه حي، ثم بان أنه كان ميتاً وأنه ورثه هل يصحّ البيع؟ قولان.

وأما قول الشافعي: **«غَيْرَ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ فَرْجِهَا بِوَطءِ شُبْهَة» معناه أَنَّا إذا رددناها إلى الزوج الأول معناه من وطئها حتى تعتد من الواطىء في النكاح الفاسد.**

مسألة:

قَالَ(١): **«وَلاَ نَفَقَةَ لَهَا مِنْ حِينَ نَكَحَتْ».**

الكلام الآن في نفقتها على الزوج المفقود، وفي نفقتها على الزوج الموجود، (ق١٢٧ب) فأما المفقود لا يخلو إما أن ترفع أمرها إلى الحاكم أو اختارت المقام عليه، فإن اختارت المقام حتى يتبين أمره فالنفقة لها أبداً عليه؛ لأن النفقة إذا وجبت بتسليم إلى الزوج لم تسقط إلا بأحد أمرين، إما ببينونة أو نشوز ولم يوجد واحد منهما، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فيضرب لها المدة فلها النفقة مدة التربص وهي أربع سنين ما لم يفرق بينهما، فإذا انقضت مدة التربص وعادت إليه فحكم بالفرقة هل تنقطع نفقتها؟

قال القاضي الطبري: لا يختلف أصحابنا أن لها النفقة في حال العدة أيضاً، لأنها محبوسة عليه.

وقال أبو حامد، وجماعة: هو مبني على القولين، فإن قلنا بقوله القديم انقطعت

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٢).

النفقة من حين فرق، سواء قلنا الفرقة وقعت في الظاهر أو في الظاهر والباطن معاً؛ لأنَّا حكمنا بالفرقة بينهما والبينونة تقطع النفقة.

وأما السكنى في مدة العدة هل لها ذلك؟ قولان؛ لأنها معتدة عن وفاة والمتوفى عنها هل لها السكنى؟ قولان، فإذا انقضت العدة فلا نفقة ولا سكنى، فإن رجع الزوج نظر، فإن لم ترد إليه فلا كلام وإن ردت إليه عادت نفقتها من حين الرد، وأما على قوله الجديد لا تسقط نفقتها بعد حكمه لا في حال العدة ولا بعد انقضائها ما لم تزوج، فإذا تزوجت سقطت نفقتها من حين النكاح؛ لأنها بالنكاح خرجت من يده وصارت ناشزة ولا نفقة للناشزة، فإن فرق بينهما فلا نفقة لها أيضاً ما دامت في العدة.

قال الشافعي: «لأنه ممنوع منها بفعل من جهتها لخروجها من قبضته» فإذا انقضت عدتها نظر، فإن كان الأول قد رجع وتسلمها عادت نفقتها ولا كلام، وإن لم يكن الأول قد عاد ولكن عادت إلى منزله هل تعود نفقتها؟ ظاهر ما قال ههنا أنها تعود؛ لأنه (ق١٢٨أ) قال: «لا نفقة لها من حين نكحت ولا من حين عدتها من الواطىء الفاسد» وقال في «الأم»[1]: «لا نفقة لها وهي تحت الزوج الثاني ولا في عدتها ولا بعد انقضاء عدتها».

واختلف أصحابنا فيه على طريقين؛ فمنهم من قال: في المسألة قولان:

أحدهما: تعود تفقتها، لأن نفقتها إنما سقطت بتسليمها نفسها إلى غير الزوج واشتغال رحمها بمائه، فإذا فرق بينهما واستبرأت نفسها عادت إلى حالها الأول يجب أن تكون النفقة لها واجبة، سواء أظهرت التسليم أو لم تظهر كان الزوج حاضراً أو غائباً.

والثاني: لا نفقة لها حتى تظهر تسليم نفسها إليه؛ لأن النفقة إذا بطلت لم تعد إلا بتسليم حادث لنفسها إلى الزوج، منزله هذا منزلة من تعدى في وديعة بإخراجها إلى سفر، ثم يرد الوديعة إلى موضعها لا يبرأ من الضمان حتى يسلم الشيء إلى المودع، وهذا أصح عندي، قال هذا القائل: وهكذا أقول فيمن نشزت عن زوجها وهو حاضر، فغاب قبل أن تعود إليه، ثم عادت إلى منزله هل لها النفقة؟ وجهان بناء على القولين، وعندي أنه لا تعود نفقتها بعد النشوز حتى يعلم الزوج طاعتها وجهاً واحداً، ولا يحتمل المذهب غيره، ولم يذكر القفال سوى هذا، والدليل عليه أنه لو تزوج امرأة، ثم غاب قبل أن تسلم نفسها إليه، ثم سلمت نفسها ودخلت بيته لا يلزمه نفقتها، وإن طالت الغيبة إنما لم يكن حاضراً بتسليمها كذلك ههنا.

ومن أصحابنا من قال: هما على حالين فالذي نقل المزني إذا لم يحكم لها حاكم بالتزويج فتزوجت بنفسها والذي قال في «الأم» إذا تزوجت بحكم الحاكم؛ لأن النكاح الأول قد زال بحكم الحاكم وهي غير مقيمة على الزوج الأول فلا تعود النفقة بفعلها حتى

(١) انظر الأم (٥/٢٢٢).

يقدم زوجها وتحدث تسليماً بعلمه (ق١٢٨ب) وفي المسألة الأولى زالت النفقة بفعلها فعادت بفعلها.

وقال بعض أصحابنا في تعليله: إنها إذا تزوجت بنفسها فهي ناشزة ولم يزل يده عنها في حال نشوزه، فإذا زال النشوز كان كما كانت في يده، وفي هذا نظر عندي وأما نفقتها على الزوج الثاني قال الشافعي: «ولم ألزم الواطىء بنفقتها لأنه ليس بينهما شيء من أحكام الزوجين إلا لحوق الولد فإنه فراش بالشبهة. وهو لأن النفقة بإزاء التمكين من الاستمتاع وهو لا يستحق عليها ذلك، فإن قيل: إذا استأجر داراً إجارة فاسدة وتسلم الدار حتى انقضت مدة الإجارة يلزمه أجرة المثل وإن لم ينتفع بها، فيجب إذا تزوجها نكاحاً فاسداً وتسلمها أن تجب النفقة بالتمكين والمهر أيضاً من دون الوطء؟ قلنا: الفرق أن المنافع مقدرة بالزمان في جواز العقد عليه، فلم يكن مضي الزمان، كإتلافه وإنما يتحقق الإتلاف بالاستمتاع فافترقا، ومن أصحابنا من فرق بأن الحرة لا تثبت عليها اليد، ولا على منفعتها فيكون تلف الاستمتاع في يدها بخلاف الدار، وهذا ليس بشيء؛ لأنه لو استأجر حراً شهراً ومكنه من الانتفاع به فلم ينتفع حتى مضي الشهر لزمته الأجرة. ولو تزوج بأمةٍ لرجل نكاحاً فاسداً وتسلمها منه لم يلزمه المهر إلا بالوطء فلا يصح هذا الفرق طرداً وعكساً، وهذا على القول الجديد، فإن أنفق الزوج الثاني عليها في مدة مقامها معه لم يكن له الرجوع عليها؛ لأنه متطوع بالإنفاق فلا رجوع له، وإن كان الإنفاق عليها بحكم الحاكم رجع عليها لأنه يقول أوجب على الحاكم ما لم يكن واجباً فلي الرجوع.

ورأيت لبعض أصحابنا أنه يرتجع على الزوج الأول إذا عاد وردت إليه إذا كان الإنفاق بإذن الحاكم، وهذا غلط عندي (ق١٢٩أ) وهذا قبل التفريق، فإن فرق بينهما وشرعت في العدة من الثاني فلا سكنى عليه؛ لأن السكنى لما لم تجب لها حال الزوجية فلأن لا تجب بعد التفريق بينهما أولى.

وأما النفقة نظر، فإن كانت حائلاً فلا نفقة، لأن البائن عن نكاح صحيح لا نفقة لها فهذه أولى، وإن كانت حائلاً، فإن قلنا: النفقة للحمل تلزم، وإن قلنا للحامل لا تلزم، وأما على القول القديم تلزم نفقتها عليه بعد نكاحه لأنه صحيح فوجبت النفقة كما في سائر الأنكحة الصحيحة.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَإِذَا وَضَعَتْ فَلِزَوْجِهَا الأَوَّل أَنْ يَمْنَعَها مِنْ رِضَاعِ وَلَدِهَا».

الفصل:

إذا فرقنا بينها وبين الزوج الثاني وهي قد حملت من الزوج الثاني وولدت، هل

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٢).

يجوز للزوج الأول منعها من رضاع ذلك الولد، أما اللبا فالولد لا يعيش إلا به فلم يكن له منها منه.

وأما الرضاع ينظر فيه، فإن لم يكن هناك من ترضعه وتحضنه لم يكن له منعها لوجوبه عليها، وإن كان هناك غيرها كان له منعها منه؛ لأنه لا يجب عليها فكان لزوجها منعها من التبرع بالصوم والصلاة وغير ذلك. وأيضاً فإنه مالك لبضعها فله منعها من الاشتغال بغيره، فإن أرضعته فلها الأجرة.

قال الشافعي: ولا ينفق عليها في رضاعها لولد غيره، وقال الداركي، قال أبو إسحاق: ينظر، فإن أرضعته في منزل الزوج ولم تخرج منها، فإن عليه نفقتها لأنها في قبضته، وإن خرجت إلى منزل الزوج الثاني لترضعه فلا نفقة لها سواء كان بإذنه أو غير إذنه.

ومن أصحابنا من قال: إذا خرجت بإذن الزوج إلى منزل الزوج الثاني هل يلزم نفقتها على الأول؟ وجهان بناء على القولين إذا حجت بإذن زوجها هل تسقط نفقتها؟ قولان. (ق١٢٩ب) وقال القفال: إن كانت ترضعه في بيته ويمنعه ذلك عن الاستمتاع بها فلا نفقة لها أيضاً، وفي هذا نظر لأنها إذا كانت في بيته تكون في قبضته ولا تمنعه من الاستمتاع إلا في زمان يسير ولا اعتبار به.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ ادَّعَاهُ [الأَوَّلُ] أَرَيْتُهُ القَافَةَ».

قال أصحابنا: إذا تربصت أربع سنين، وفرق الحاكم بينهما وتزوجت بزوج آخر ثم أتت بولد، ثم جاء المفقود، فإن لم يدع الولد كان الولد للثاني؛ لأن بمضي أربع سنين تحققنا براءة رحمها من ماء الأول، وإن ادعاه وادعا الواطىء في النكاح الفاسد قلنا للزوج: من أي وجه تدعيه؟ فإن قال: لأنه ولد على فراشي في حال غيبتي. قلنا: هذه الدعوى باطلة، لأن رحمها قد برئت من مائك، فإن النطفة لا تمكث في الرحم أكثر من أربع سنين، وألحقنا الولد بالثاني، وإن قال: قدمت أنا في الخفية من خلال هذه المدة ووطئتها وأمكن ما قاله أريناه القافة، فإن ألحقه بأحدهما لحقه، وإن أشكل عليه وقف حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما. ومن أصحابنا من قال: إذا ادعى مطلقاً تقبل دعواه ويرى القافة، قال هذا القائل: وهذا لأن أصحابنا اختلفوا في لحوق ولدها به إذا لم تكن تزوجت على وجهين:

أحدهما: يلحق لأنها لم تصر فراشاً لغيره فعلى هذا تسمع دعواه مطلقاً.

والثاني: لا يلحق لأن المفقود من عدمت أخباره وانقطعت آثاره، وقد مضت مدة لا يجوز بقاء مائه معها فعلى هذا لا تسمع دعواه حتى يستفسر على ما ذكرنا.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٣).

وقال أبو حنيفة: لو أتت بعشرين ولداً، ثم عاد الأول ألحق الأول به ادعاهم أو لا (ق١٣٠أ) بناء على أصله أنه يلحق الولد بالفراش المجرد من دون الإمكان.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَوْ مَاتَ الزَّوْجُ الأَوَّلُ وَالآخَرُ وَلاَ يَعْلَمُ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلاً».

الفصل:

إذا فرق الحاكم بين المفقود وامرأته، ثم تزوجت، فإن قلنا: الفرقة وقعت ظاهراً وباطناً فالنكاح الثاني صحيح قطعاً، ويلزمها أن تعتد عن الثاني عدة الوفاة إذا مات ولا شيء عليها بوفاة الزوج الأول. وإن قلنا: الفرقة تقع ظاهراً دون الباطن وكان الأول حياً يومئذٍ بينا بطلان النكاح وكان وطء الثاني في وطء شبهة، فإذا مات الأول يلزمها عدة منه بكل حالٍ، غير أنها لا تشرع فيها عقيب وفاته لأنها فراش للثاني ما لم يفرق بينهما فإذا فرق بينهما شرعت في عدة الوفاة من الأول وعليها أن تعتد بثلاثة أقراء من الثاني، وإن كانت زوجة للأول عند الإصابة، ولا تشرع في عدتها من الثاني أيضاً حتى يفرق بينهما.

فإذا تقرر هذا وماتا معاً وجبت عليها عدتان؛ عدة الوفاة وعدة الوطء بالشبهة، ولا تتداخل العدتان بل تعتد أربعة أشهر وعشراً وثلاثة أقراء؛ لأنهما عدتان لرجلين. ويفارق هذا إذا طلق إحدى امرأتيه ثلاثاً ومات قبل البيان، فعلى كل واحدة منهما أن تعتد أقصى الأجلين من ثلاثة أقراء وأربعة أشهر وعشراً؛ لأنها عدة واحدة من واحد ولكنها لا تعلم أنها بالأشهر أو بالأقراء وههنا عدتان لرجلين فلم يتداخلا.

فإذا تقرر هذا رجعنا إلى تفصيل المسألة فنقول: إذا ماتا لا يخلو (ق١٣٠ب) من ثلاثة أحوال:

إما أن يعرف السابق منهما بعينه.

أو يعرف وقت موت أحدهما ولا يعرف موت الآخر فيجوز أن يكون قبله ويجوز أن يكون بعده. أو يعرف أن أحدهما سابق للآخر ولا يعرف عين السابق من المتأخر، فإن عرف السابق منهما مثل أن يعلم أن زوجها المفقود مات في أول المحرم، وزوجها الحاضر مات في أول صفر فههنا بين موت الأول والثاني شهر، فعليها أن تعتد أولاً عدة الوفاة من الزوج [الأول] وهي أربعة أشهر وعشر، فإذا انقضت اعتدت من وطء الثاني ثلاثة أقراء ولا تجب عليها من الثاني عدة الوفاة، وتبتدىء بها من حين موت الثاني لأنها في الشهر [الذي] تبين موتهما كانت فراشاً للثاني يطأها فكيف يجوز أن تكون معتدة فيه، ولأن الوطء يقطع دوام العدة، فلأن يمنع ابتدائها أولى؛ لأن الدوام آكد من الابتداء، وإن كان السابق بالموت هو الواطىء في النكاح الفاسد فإن مات في أول المحرم، ومات

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٣).

الغائب في أول صفر، فهذه مات زوجها وهي جارية في عدة الوطء فتقطع عدتها ويلزمها أن ترجع إلى عدة زوجها فتعتد أربعة أشهر وعشراً، فإذا فرغت منها أكملت ما بقي من عدة الواطىء لأن عدة [الزوج] أولى وأعظم حرمة، وقد سبق نظير هذه المسألة.

وأما إذا عرف موت أحدهما مثل أن يعلم أن الواطىء في النكاح الفاسد مات في أول صفر، ولم يعلم موت الزوج هل هو متقدم أو متأخر؟ فإنَّا ننظر في الوقت الذي ورد فيه موت زوجها، فإن كان في آخر صفر تنظر في أقل مدة يجيء الخبر من الموضع الذي مات فيه وتقابل بها المدة من حين مات الواطىء، فإن سبق موت الواطىء كان الحكم على ما بيناه إذا سبق موت الزوج (ق١٣١أ) وإن لم يسبق موت الواطىء، فإن موت الزوج متأخر، وقد بينا حكمه.

وأما إذا علم أن أحدهما مات قبل الآخر ولا يعلم السابق منهما فالاحتياط أن يكون السابق الزوج حين يكون ابتدأ عدتها من حين مات المتأخر منهما موتاً فتأتي بأربعة أشهر وعشر، فإذا انقضت اعتدت بثلاثة أقراء من الواطىء إذا كانت حائلاً، فأما إذا حملت وولدت وألحقناه بالثاني، فإذا ولدته انقضت عدتها منه بوضعه، ثم تستأنف أربعة أشهر وعشراً. وهل تحتسب بزمان النفاس؟ وجهان:

أحدهما: لا تحتسب لأن زمان النفاس تابع لزمان الحمل، فإن النفاس متولد منه.

والثاني: وهو الصحيح يحتسب به لأن عدة الوطء قد انقضت فما بعدها من الأيام محسوب من هذه الأشهر. ويخالف هذا إذا كانت مطلقة فإنها لا تحتسب بزمان النفاس من عدة الأول؛ لأن الأقراء هي الأطهار فلا يحتسب منها زمان الدم كما لا يحتسب بما مر في خلال الأقراء من الحيض، وإذا ظهر منها أمارات الحمل من الثاني فإنها تعتد منه فلو اعتدت، ثم تبين أنه كان ريحاً، ولم يكن حملاً، وقد مضت أربعة أشهر وعشر وثلاثة أقراء بعدها، فإن عدتها قد انقضت منهما جميعاً؛ لأن جهلها بأن عدتها بالأشهر أو بالأقراء لا يمنع من مضي عدتها.

فرع:

قال في «الأم»[١]: وامرأة المفقود إذا ماتت عند الآخر، ثم قدم المفقود أخذ إرثه منها، فإن لم تدع شيئاً لم تأخذ من المهر شيئاً إذا لم يجد زوجته بعينها فلا حق له من ميراثها، وهذا صحيح ونقل المزني هذه المسألة إلى جامِعِه الكبير هكذا ونقلها في بعض النسخ في آخر هذا الباب إلى المختصر.

واعترض على قوله (ق١٣١ب) إذا لم يجد زوجته بعينها فلا حق له في ميراثها فقال: كيف لا يكون له حق ميراثها، وقد ماتت وهي زوجته، ثم قال يوقف نصيب المفقود وينظر أحي هو فيأخذ حقه أو ميت فيرد على ورثتها؟ ونحن نتكلم على فقه

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢٢).

المسألة ثم نعود إلى تأويل الكلام واعتراض المزني وجملته: أن امرأة المفقود إذا تربصت وتزوجت وماتت، ثم قدم الأول.

فإن قلنا بقوله القديم إن الفرقة تقع ظاهراً وباطناً فالنكاح الثاني صحيح والثاني يرثها دون الأول ولا كلام.

وإن قلنا بقوله الجديد أو بقوله الآخر إن الفرقة تقع في الظاهر دون الباطن فقد بان في الباطن أن الفرقة باطلة، فإن المفقود كان حياً ونكاح الثاني باطل، فإذا قدم، وقد ماتت كان له ميراثها النصف أو الربع منع الولد ومهر مثلها على الثاني من تركتها وله ميراثها منه.

فإذا تقرر هذا رجعنا إلى تأويل الكلام، قال ابن سريج: قوله فإن لم تدع شيئاً لم يأخذ من المهر شيئاً لم يرد به ما وجب لها من المهر على الثاني وإنما أراد المهر الذي روي عن عمر رضي اللَّه عنه أنه قال: إذا قدم المفقود وهي تحت الثاني كان الخيار بين أن يأخذها وبين أن أخذ مهر مثلها، وبه قال مالك فالشافعي قال: لا آخذ للزوج هذا المهر على معنى أنه لما فوتها الثاني عليه كان له مطالبته بمهر مثلها لأنها قد ماتت فما فوق الثاني عليه شيئاً، وقوله: إذا لم يجد زوجته بعينها فلا حق له في ميراثها يعني لا نقول إنها ماتت أخذت مهر المثل من ميراثها والدليل على أنه أراد هذا قوله في أول الكلام فإذا قدم أخذ ميراثه منها.

فأما المزني قلنا له: الفقه كما قلت هي زوجة الأول، وله ميراثها منها ويوقف له ميراثه كما قلت، فإن كان حياً وإلا كان (ق١٣٢أ) لورثتها، ولكن الإنكار عليك حيث سمعت كلامه أولاً أن له ميراثه منها كيف لم تتأول كلامه أولاً فإنه ما كان يناقص آخر كلامه أوله. واللَّه أعلم.

باب استبراء أم الولد

مسألة:

قَالَ[1]: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ فِي أُمِّ الوَلَدِ يُتَوَفَّى عَنْهَا سَيِّدُهَا تَعْتَدُّ بِحَيْضَةٍ».

إذا مات السيد عن أم ولده أو أعتقها استبرأت بقرءٍ واحدٍ. وكذلك إذا مات مدبرةٍ وكان يطأها، وكذلك الأمة المشتراة والمسبية تستبرأ بقرءٍ واحدٍ، وبه قال ابن عمر، وعائشة، والشعبي، ومالك، وأحمد، وأبو ثور، وأبو عبيد، والفقهاء السبعة والزهري رضي اللَّه عنهم. وقال أبو حنيفة: إذا مات السيد عن أم ولده أو أعتقها اعتدت بثلاثة أقراء ولا تعتد عدة الوفاة.

---

(١) انظر الأم (٥/٤٣).

وروي هذا عن علي، وابن مسعود رضي اللَّه عنهما، وبه قال عطاء، والنخعي، والثوري، وقال في المدبرة لا استبراء عليها أصلاً.

واحتجوا بأنها عدة وجبت على حرة فكانت بثلاثة أقراء، وهذا غلط لأنه استبراء وجب لزوال ملك اليمين فأشبه استبراء الأمة المشتراة.

وأما ما ذكروه لا يصح؛ لأن هذا الاستبراء، وإن وجب على حرة وجب بسبب ملك اليمين فصار كالاستبراء الذي ذكرنا.

وقال عمرو بن العاص: إذا مات سيد أم الولد تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً[(١)].

وروي هذا عن سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وابن سيرين، وعبد اللَّه بن عمرو بن العاص أيضاً، وهذا غلط؛ لأن عدة الوفاة إنما تجب عند زوال الفراش عن زوجية صحيحة، ألا ترى أنها لا تجب على الموطوءة بشبهة (ق١٣٢ب) ولا على المنكوحة نكاحاً فاسداً وليس لأم الولد زوجية.

فإن قيل: روى خلاس بن عمرو، عن علي رضي اللَّه عنه أنه قال: عدة أم الولد أربعة أشهر وعشر[(٢)]، قلنا: فدل رواية خلاس من الصحيحة. قال وكيع: معناه إذا مات زوجها بعد سيدها فإن قيل: قال عمرو بن العاص: لا تلبسوا علينا بسنة نبينا عدة المتوفى أربعة أشهر وعشر، يعني أم الولد، فدل أنه يروي أيضاً عن الرسول ﷺ قلنا: أراد اجتهاداً على معنى السنة في الحرائر، ولو كان عنده نص لأظهره ولا يقع التلبيس في النصوص وقيل تأويلها أعتق أم ولده ثم تزوجها، ثم مات.

مسألة:

قَالَ[(٣)]: «وَلاَ تَحِلُّ أُمُّ الوَلَدِ لِلأَزْوَاجِ حَتَّى تَرَى الطُّهْرِ مِنَ الحَيْضَةِ».

ظاهر ما قاله ههنا أن الاستبراء يكون بالحيض، وقال في الإملاء على مسائل مالك: إذا استبرأ جارية لا يجوز له أن يطأها حتى تحيض حيضة يتقدمها طهر فالمسألة على قولين:

أحدهما: أنه بالحيض، وهو الصحيح لأنها أدل على براءة الرحم واقتصر على قرءٍ واحدٍ فكان الحيض بخلاف العدة، وعلى هذا يدل قوله ﷺ: «لا توطأ الحامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض، فاعتبر الحيض.

والثاني: أنه بالطهر كالعدة، فإذا قلنا: أنه بالطهر نظر إذا مات المولى، فإن كانت حائضاً، فإذا طهرت، ثم حاضت حلت للأزواج لأنه قد مرّ بها طهر كامل، وإن كانت

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٨٠).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٨٦). (٣) انظر الأم (٥/ ٤٣).

طاهراً. قال أصحابنا: تحتسب ببقية هذا الطهر، إلا أنه لا بد من حيضة كاملة، بعده، فإذا حاضت، ثم طهرت فقد حلت، ويكون الاعتبار بالطهر الذي قبل الحيضة، إلا أن الطهر لما لم يكمل اعتبرنا أن تكمل الحيضة بعده ليدل على براءة الرحم.

وقال بعض مشايخ خراسان: تحتسب ببقية الطهر، وإن كان ساعة (ق١٣٣أ) فلا تحتاج إلى الحيضة بعده، فإن كانت جارية لا يحل الاستمتاع بها لأجل الحيض، وإن كانت معتقة يحل لها النكاح؛ لأن الحيض لا يمنع النكاح، وهذا اختيار القفال وهو القياس، وظاهر مذهب الشافعي ما تقدم.

وإذا قلنا إنه بالحيض، فإن كانت طاهراً فحاضت، ثم طهرت، فقد حلت، وإن كانت حائضاً لا تحتسب ببقية الحيض، فإذا طهرت، ثم حاضت، ثم طهرت، فقد حلت وهذا لأن الظاهر من قوله ﷺ: «ولا حائل حتى تحيض» أن تبتدىء الحيض فإن قيل: هلا قلتم إن بقية الحيض قرء على هذا القول كما قلتم على القول الآخر إن بقية الطهر قرء؟ قلنا: لأن بقية الحيض يتعقبها طهر والطهر لا يدل على براءة الرحم وهي الحيضة فجعلنا بقية الطهر قرءاً، وظهر الفرق.

وقال صاحب «الحاوي»[1]: عندنا يلزمها قرء بلا خلاف وفي هذا القرء هل يكون المقصود الطهر والحيض فيه تبع كما في العدة أو المقصود الحيض والطهر فيه تبع بخلاف العدة أوجه، لأن كلام الشافعي محتمل للكل أحدها أن المقصود فيه الطهر والحيض، فإن كانت حائضاً فطهرت، ودخلت في قرئها، فإذا رأت الحيضة الثانية حلت، وإن كانت ظاهراً ففي بقية هذا الطهر وجهان.

قال أصحابنا البغداديون: يكون قرءاً كما في العدة ولكن يضم إليه حيضة كاملة ليعرف بها براءة الرحم ببقية الطهر.

وقال البصريون من أصحابنا: لا تعتد بهذا البقية، وإن كانت في العدة قرءاً لأنه لو كان قرءاً لاقتصر عليه ولا يقول به أحد ولا في العدة قرء لكونه تبعاً لأقراء كاملة بخلاف الاستبراء فعلى هذا يحتاج أن تحيض بعدها، ثم تطهر، ثم ترى الحيضة الثانية.

والوجه الثاني: المقصود في هذا القرء الحيض والطهر فيه تبع (ق١٣٣ب) بخلاف العدة، والفرق أن في أقراء العدة حيضاً كاملاً يقوى طهرها في الاستبراء فكان الطهر فيها مقصوداً وطهر الاستبراء ضعيف بانفراده من براءة الرحم فصار الحيض مقصوداً فيه، لأن الطهر لا ينافي الحمل وإنما ينافيه الحيض فعلى هذا إذا كانت حائضاً لم تعتد ببقيتها بالإجماع، وهذا حجة البصريين في بقية الطهر وفرق البغداديون بينهما بما ذكرنا، قال: هذا الفرق تدقيق وليس بتحقيق ولو عكس لكان أشبه.

وقال مالك: إن مات سيدها في أول حيضها اعتدت بتلك الحيضة، وإن جاءت في

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٣١).

آخرها لم تعتد بها لأن قوة أولها يمنع علوق الولد فبرىء الرحم وضعف آخره لا يمنع من علوق الولد فلم يبرأ به الرحم، وهذا فاسد لأنه لو برىء به الرحم في الاستبراء لبرىء به الرحم في العدة ولأنه لو برىء الرحم بأوله لم يحتج فيه إلى استكمال آخره.

والوجه الثالث: تفرد به البصريون الطهر والحيض مقصودان معاً في قرء الاستبراء وإن لم يقصدا معاً في أقراء العدة، والفرق أنهما في أقراء العدة. يجتمعان فجاز أن يكون أحدهما مقصوداً بخلاف الاستبراء لأنهما لا يجتمعان إلا أن يقصدا فوجب أن يكونا فيه مقصودين فعلى هذا إن كانت حائضاً فإذا انقطع دمها دخلت في العدة، فإذا تمّ طهرها، ثم رأت حيضة كاملة ودخلت في الطهر الثاني حلت، وإن كانت طاهراً هل تعتد البقية وجهان:

أحدهما: لا تعتد كما لا يعتد بقول البصريين إذا كان الطهر وحده مقصوداً فعلى هذا إذا رأت الدم بعد بقية هذا الطهر دخلت في قرئها، فإذا كملت حيضها، ثم طهراً كاملاً، ثم رأت الحيضة الثانية حلت.

والثاني: تعتد ببقية هذا الطهر إذا كانا مقصودين ولا تعتد به إذا كان أحدهما مقصوداً (ق١٣٤أ) لقوته إذا قرن بغيره وضعفه إذا انفرد بذاته فعلى هذا تدخل في قرئها في نية طهرها، فإذا حاضت حيضة كاملة ودخلت في الطهر حلف وهذا كله حسن، وهذا كله إذا كانت من ذوات الأقراء، فإن كانت آيسة تستبرىء بشهر نص عليه في كتاب النكاح والطلاق، لأن كل شهر بمنزلة قرءٍ وهذا أصح، وفيه قول آخر نص عليه في كتاب عتق أمهات الأولاد أنها تستبرىء بثلاثة أشهر؛ لأن براءة الرحم بالشهور لا تحصل بأقل من ثلاثة أشهر، فإن الولد لا يتحرك في البطن وراء ثلاثة أشهر.

ثُمَّ قَالَ الشَّافِعِيُّ(١): «**فَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً بِأَنْ تَضَعَ حَمْلَهَا**»، وهذا صحيح لأنه براءة الرحم لا تحصل إلا بالرضع فاستوى فيه الحرة والأمة والمطلقة والمتوفى عنها. ثُمَّ قَالَ: «وَإِنْ اسْتَبْرَأَتْ فَهِيَ كَالحُرَّةِ المُسْتَرِيبَةِ» وقد بينا حكم الحرة إذا ارتابت وحكم أم الولد حكمها فيما ذكرنا ولا فرق بين أن تكون الريبة قبل وضع الولد أو بعده وضعه لأنها ربما تلد ولداً، وفي بطنها ولد آخر ينفصل بعد شهر أو شهرين أو أربعة أشهر، ولهذا عطف الشافعي مسألة المستبرأة على الحامل إذا وضعت حتى يعلم أن هذا الشك غير مختص بالحائل، وأنه ربما يشك الحامل كما تشك الحائل والحكم أنها تتربص حتى تستيقن زوال الريبة.

مسألة:

قَالَ(٢): «**فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ تَحْتَ زَوْجٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ مِنْ زَوْج فَلاَ اسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا**».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٣).

(٢) انظر الأم (٥/ ٤٤).

أجاب الشافعي على القول الذي يقول: تزويج أم الولد جائز، وقد ذكرنا ما قيل فيه في كتاب النكاح، فإذا زوجها، ثم مات المولى بعد تزويجها وعتقت فلا يجب عليها الاستبراء؛ لأنه لما زوجها صارت فراشاً لزوجها، وحرمت على مولاها ومحل المولى منها محل الأجنبي، فلم يجب عليها بموته الاستبراء، وكذلك (ق١٣٤ب) إذا طلقها أو مات عنها، ثم مات المولى وهي في عدة من زوجها لم يجب عليها الاستبراء لما ذكرنا، فإذا انقضت عدة الزوج والمولى حتى عادت فراشاً له؛ لأن الفراش قد زال بالتحريم الذي طرأ عليها النكاح، فإذا زال التحريم عادت فراشاً كما كانت وقد نص الشافعي على أن المولى يطأها قبل أن يستبرئها لأن المنع لأجل ماء الزوج، وقد حكمنا ببراءة رحمها من ماء الزوج فلم يجب على المولى استبراء آخر. وذكر ابن خيران قولاً آخر عن الشافعي في القديم أنه يجب استبرائها ولا يحل له وطئها قبل ذلك لأنها استباحة تجددت في ملك، ولأن الاستبراء والعدة حقان فلا يتداخلان وعلى هذا لا تصير فراشاً للسيد بانقضاء العدة، فإن استبرأها السيد ووطئها صارت بهذا الوطء فراشاً، فإن مات السيد بعد ذلك لزمه الاستبراء بموته، وإن لم يطأها حتى مات قبل الاستبراء أو بعده، فقد مات وهي غير فراش له فلا يلزمها الاستبراء منه.

وقال في الحاوي[1] في وجوب الاستبراء ههنا على قول ابن خيران وجهان بناء على الوجهين في استبراء أم الولد هل وجب لحرمة الولد أو لرفع الفراش.

قال الاصطخري: يجب لحرمة الولد فعلى هذا يلزمها الاستبراء، وقال غيره: يجب لرفع الفراش فعلى هذا لا يلزمها الاستبراء لأن الفراش لم يعد وعلى هذا لو زوج أمته بعد الاستبراء، ثم طلقها واعتدت من طلاقه هل يستبيحها السيد قبل استبرائها وجهان:

أحدهما: لا استبراء لأن براءة الرحم حصلت.

والثاني: يلزمها الاستبراء لأن العدة للزوج والاستبراء يحل استمتاع السيد.

وقال البندنيجي نص الشافعي عليه وعلى كلا الوجهين لا تصير فراشاً إلا بالوطء لأن فراش أم الولد أثبت لأن ولدها بعد ستة أشهر (ق١٣٥أ) من استبرائها يلحق بالسيد ولا يلحق به ولد الأمة، فإذا مات على الأمة لم يلزمها الاستبراء بموته ويلزم أم الولد فافترقا.

وإذا قلنا بالمذهب المشهور أنه لا استبراء عليها بعد انقضاء عدتها، وصارت فراشاً للسيد فمات السيد في الحال يلزمها الاستبراء عن السيد لزوال ملكه عنها وهي فراش نص عليه الشافعي.

وقال القفال: إنما يجب الاستبراء على أم الولد عند موت السيد أو إعتاقها إذا لم

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٢٣٥).

يكن السيد استبرأ هل قبل الموت أو الإعتاق، فإن كان قد استبرأها أو أعتق فهل يلزمها الاستبراء وجهان، وأصل الوجهين ما ذكرنا من قبل أن أم الولد هل يزول عن كونها فراشاً بالاستبراء أو ولادة يحصل، وهل تعود فراشاً بعد زوج من غير وطء جديد.

فإن قلنا: هي فراش بكل حال فلا بد من استبراء بعد زوال الملك، وإن قلنا بالآخر فالذي قبل الإعتاق محسوب، فإذا قلنا: لو استبرأها، ثم أعتقها لا يلزمها الاستبراء إلا يعتد هذا التفريع لأنه استبرأها قبل أن زوجها لا محالة إذ يجوز أن يطأها، ثم يزوجها من غير استبراء فلا يحصل للعقد أو العدة منه تأثير في هذا الحكم. وإذا قلنا إنه لا يحتسب بالاستبراء قبل الإعتاق يفيد الكلام من هذا الفرع، وهذا حسن ولكنه غير مشهور.

مسألة:

قَالَ[1]: «فَإِنْ مَاتَا فَعُلِمَ أَنْ أَحَدُهُمَا مَاتَ قَبْلَ الآخرِ بِيَوْم أَوْ شَهْرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ وَخَمْسِ لَيَالٍ أَوْ أَكْثَرَ وَلاَ نَعْلَمُ أَيَّهُمَا أَوَّلاً اعْتَدَّتْ مِنْ يَوْمِ مَاتَ الآخَرُ مِنْهُمَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً».

الفصل:

هذا تفريع على القول الصحيح أنها تعود فراشاً له من غير استبراء جديد، وجملة هذا أنه لا يخلو من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون بين موتهما شهران وخمس ليال فما دونها أو أكثر من شهرين وخمس ليال إذا شكل الأمر فلا يدري كم كان بينهما (ق١٣٥ب) فإن علم أن بينهما شهرين وخمس ليال أو أقل من ذلك، فإن عليها أربعة أشهر وعشراً من غير حيضة من أخرهما موتاً، وإنما لا تجب الحيضة لأنه لا يخلو من أن يكون الزوج هو الذي مات أولاً أو السيد وأيهما تقدم موته فلا استبراء عليها من السيد؛ لأن السيد إن كان قد تقدم موته فهي تحت زوج، وإذا مات السيد عن أم ولد وهي تحت زوج لا تجب عليها الاستبراء وإن كان قد تقدم موت الزوج، ثم مات السيد صادف حال عدتها من زوجها، وقد بينا أنها إذا كانت في عدة من زوجها لا يجب عليها الاستبراء من سيدها، وأما أربعة أشهر وعشر فإنما أوجبنا عليها احتياطاً فإنه يجوز أن يكون السيد مات أولاً فعتقت هي، ثم مات الزوج عنها وهي حرة فيلزمها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً وإن كان بين موتيهما أكثر من شهرين وخمس ليال، ثم مات السيد فيلزمها أن تستبرىء نفسها بحيضة وإنما أوجبنا عليها أربعة أشهر وعشراً احتياطاً بجواز أن يكون السيد مات أولاً، ثم مات الزوج وهي حرة فوجبت عليها عدة الحرائر. وأما قول الشافعي ههنا: «وهو أكمل ما وجب عليها» لم يرد بذكر الكمال أن الجمع بين الأشهر والحيضة من المستجاب بل يلزمها ذلك، وكذلك قال

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٤).

عليها وهي كلمة إيجاب وإلزام.

وحكي عن أبي إسحاق عن بعض أصحابنا أنه قال: يجب أن تكون الحيضة في الأربعة الأشهر بعد شهرين وخمس ليال لأن الشهرين وخمس ليال عدة من الزوج فالاستبراء بحيضة يجب أن يكون بعدها، قال: وهذا غلط لأنا لا نحتسب بما بين الموتتين من العدة، وإنما نوجب عليها أربعة أشهر وعشراً من عند آخرهما موتاً فعلى هذا في أي زمان حصلت الحيضة في أربعة أشهر وعشراً (ق١٣٦أ) في أولها أو في آخرها فقد صح الاستبراء، وإن لم يعلم مقدار ما بين فالاحتياط أن يكون بين موتيهما أكثر من شهرين وخمس ليال فيلزمها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً فيها حيضة على ما بيناه.

ثم إن المزني قال[1]: **هَذَا عِنْدِي غَلَطٌ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا إِلَّا أَقَلُّ مِنْ شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ فَلاَ مَعْنَى لِلْحَيْضَةِ**» قلنا له: صدقت ومثل هذا لا تخفى على الشافعي ولما نقله تأويلان:

أحدهما: أن الشافعي جمع بين مسألتين:

إحداهما: أن يكون بين موتيهما أقل من شهرين وخمس ليال أو أكثر ثم أجاب عن الثانية: منهما وترك الجواب عن الأولى اكتفاء بما قد بينه في المسألة قبلها.

والثاني: أنه صور المسألة فيما سكت فلم يدل على أن بين موتيهما قدر عدة الإماء أو أقل أو أكثر فكأنها شكت من وجهين في أولهما موتاً، وفي قدر المدة بين الموتين فالحكم يكون بالاحتياط على ما ذكرنا.

وإن علم أنه مات الزوج والسيد فعليها أربعة أشهر وعشر بلا خلاف.

مسألة:

قَالَ[2]: «**وَلاَ يَقْرَبُ زَوْجِهَا حَتَّى تَسْتَيْقِن أَنَّ سَيِّدَهَا مَاتَ قَبْلَ زَوْجِهَا**».

أراد به إذا ماتا جميعاً ولم يعلم أيهما مات أولاً، فلا ميراث لها من زوجها، لأن الأصل أنها رقيقة ليست من أهل الميراث، وقد شككنا هل يغير حكمها فصارت من أهل الميراث من زوجها أم لا فلا يجوز أن نزيل اليقين بالشك».

فإن قيل: لم يوقفوا الميراث حتى ينكشف الحال كما قلتم في الرجل إذا كانت له امرأتان مسلمة وكتابية، فطلق إحداهما لا بعينها ومات قبل البيان يوقف ميراث زوجه إلى أن تنكشف (ق١٣٦ب) المطلقة هل هي الذمية فترثه المسلمة أو المسلمة فلا ترث الذمية ولا المسلمة، قلنا: الفرق أن الأصل أن المسلمة وارثته وقد شككنا هل حكمها وبطل استحقاقها أم لا، والأصل أنها مستحقة للميراث فلا يزيل اليقين بالشك وههنا الأصل أن أم الولد غير مستحقة للميراث، وقد شككنا هل صارت مستحقة فلا يزيل اليقين بالشك،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٤).

(٢) انظر الأم (٥/ ٤٥).

فإن ادعت علم الورثة أنه عتقها، كان قبل موت قريبه فعليهم أن يحلفوا أنهم لا يعلمون ذلك.

ثم قال الشافعي: «وتعتد عدة الوفاة كاملة للاحتياط حتى تحل بيقين، وعلى هذا إذا طلق العبد امرأته الأمة طلقة رجعية فأعتقت في عدتها، ثم أعتق العبد، ثم مات فإن كانت الأمة لما أعتقت اختارت الفسخ فلا ترثه لأنها صارت بالفسخ بائناً وإن كانت لم تختر الفسخ فهي رجعية جارية في العدة فيلزمها عدة الوفاة ورثته.

مسألة:

قَالَ(١): «وَالأَمَةِ يَطَأَهَا سَيِّدَهَا تُسْتَبْرَأ الحَيْضَةِ، فَإِنْ نَكَحَتْ فَفَسْق».

أراد به إذا كانت جارية فوطئها ولم يستبرئها لم يجز له تزويجها قبل الاستبراء، فإن زوّجها كان النكاح فاسداً، وإن باعها قبل الاستبراء صح البيع لأن المقصود من البيع هو الملك دون الوطء بخلاف النكاح ولا يجوز للمشتري وطئها حتى تستبرئها وكذلك لا يجوز للمشتري قبل الاستبراء كان التزويج فاسداً.

وقال أبو حنيفة: له تزويجها قبل الاستبراء، وهذا على أصله أنها لا تصير فراشاً بالوطء ولا يلزمه الولد بذلك ما لم تقر بعين الولد فهو كما لو لم يطأها فيقول: كل وطء لو أتت منه بولدٍ وأقرت به ثبت النسب فذلك الوطء يوجب تربصاً كالوطء بالشبهة (ق١٣٧أ) وزاد أبو حنيفة على هذا فقال: لو وطء أمته، ثم زوجها في الحال ووطئها الزوج في الحال جاز فيجتمع من ساعتين وطئان من رجلين وهذا بيع في الشرع. وأما إذا وطئها ثم استبرأها له تزويجها، وجاز له بيعها، فإن باعها وجب على المشتري أن يستبرئها استبراء آخر لحدوث ملكه عليها ألا ترى أنه لو اشترى جارية من خصي أو امرأة كان عليه أن يستبرئها وإن كانت رحمها بريئة ولكن يجوز للمشتري تزويجها قبل الاستبراء، لأن الاستبراء لحدوث الملك لا يمنع التزويج، وإنما يمنع من التزويج الاستبراء الذي يجب لأجل وجود الوطء، وإنما قلنا كذلك؛ لأن رحمها برىء في الظاهر فجاز له تزويجها وليس لذلك الوطء لأنه وإن كان رحمها برىء في الظاهر ربما أنه يتولد بعد وطئه فعلم أنه ليس منه فلا يمكن نفيه بأن يدعي الاستبراء، فإذا لم يستبرئها لا يمكن أن يدعيها وأيضاً الاستبراء للنكاح مقدم النكاح فاكتفى بالاستبراء المتقدم والاستبراء للوطء لا يتقدم الملك فلم يكتف بالاستبراء المتقدم من البائع، والفرق بين هذه يجوز تزويجها وبين مسألة الخلاف أن في تلك المسألة رحمها مشغول غير بريء في الظاهر وههنا رحمها بريء في الظاهر فافترقا، وإن كانت له جارية فوطئها، ثم أعتقها لم يجز لها أن تتزوج حتى تستبرىء بحيضة وكذلك إذا وطئها ثم باعها، ثم أعتقها المشتري قبل

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٤).

الاستبراء لا يجوز لها أن تتزوج إلا بعد الاستبراء، وكذلك أم ولده إذا أراد تزويجها. وقلنا: يجوز ذلك (ق١٣٧ب) كان عليه أن يستبرئها بحيضة، فإن زوجها قبل الاستبراء فالتزويج فاسد، ولو كانت له جارية فأعتقها ولم يكن وطئها لم يجب عليه الاستبراء، وكان لها أن تتزوج في الحال وكذلك إذا وطئها واستبرأها ثم أعتقها لم يجب عليه استبراء آخر لأن عليه وجوب الاستبراء، أما وجود الوطء أو حدوث الملك على الاستمتاع بعد التحريم وليس ههنا واحد منهما، وبه قال أحمد، وعلى ما ذكرنا لو اشترى أمةً من صبي أو خصي أو امرأة يجوز له أن يزوجها قبل الاستبراء ويحل للزوج وطئها عقيبه ولا يجوز للمشتري وطئها حتى يستبرئها.

وقال القفال: نص الشافعي هكذا أنه لو اشترى أمةً ولم يطأها حتى أعتقها فلا استبراء عليها، ولكن قال أصحابنا: صورته أن البائع كان قد استبرأها قبل أن باعها، أو لم يكن وطئها أو المشتري استبرأها، ثم أعتقها.

ومن أصحابنا من قال: وإن استبرأها البائع، ثم أعتقها لا بد من استبراء جديد بعد التزويج، قال: وعلى هذا أكثر أصحابنا، وعندي يجوز له تزويجها، وهذا غريب بعيد ولم يساعده أحد من أصحابنا بالعراق والله أعلم.

وقال أبو حنيفة: إذا أعتقها سقط الاستبراء بكل حالٍ.

وحكي أن هارون الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه إلى جماعها قبل أن يستبرئها فقال لأبي يوسف: هل تجد لي حيلة في ذلك؟ فقال: نعم أعتقها وتزوج بها وقد حلت في الحال، ففعل ذلك وأجزل العطاء لأبي يوسف. وقيل: هذا ليس بمذهب أبي حنيفة بل هو اختيار أبي يوسف.

واحتجوا (ق١٣٨أ) بأن له أن يبيعها فله أن يزوجها كما لو كان استبرأها، وهذا غلط لقوله ﷺ: «لا تسق بماء له زرع غيرك، والبائع قد زرع فلا يجوز للزوج أن يسقيه ولأن هذا وطء له حرمة فلا يجوز تزويجها من غير الواطىء قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة، ويخالف البيع لأنه يصح في المعتدة والمحرمة بخلاف النكاح.

فإذا تقرر هذا فإذا زوجها، ثم طلقها زوجها قبل الدخول بها فعليه استبراء جديد؛ لأن الحيلولة التي وقعت بينه وبين بضعها بالتزويج كزوال الملك؛ لأنه يزيل ملك الاستمتاع وإن طلقها بعد الدخول تعتد بحيضتين وهل يدخل الاستبراء في تلك العدة أو يجب الاستبراء؟ من وجهين.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ وَطِىءَ الْمُكَاتِبُ أَمَتَهُ فَوَلَدَتْ أَلْحَقْنَاهُ بِهِ».

(١) انظر الأم (٥/ ٤٥).

الفصل:

المكاتب لا يتسرى على قوله الجديد، وأما على قوله القديم ليس له ذلك دون إذن السيد، وبإذنه هل يجوز؟ قولان كما نقول في تبرعاته، ثم سواء قلنا يتسرى أم لا وطء فجاءت بولد منه فالولد مكاتب عليه ولا نعني به أنه يصير مكاتباً مثله أو يلزمه من النجوم وإنما نعني به أنه لا يجوز له بيعه وإزالة الملك عنه ويكون موقوفاً على حكمه، فإن عتق عتق، وإن رق رق. وأما الجارية فيها قولان:

أحدهما: تصير أم ولد له ولا يبعها بحال وهو الأصح لأنه ثبت لولدها حرمة حرية منتظرة فثبتت للأم أيضاً؛ لأن حكم الأم حكم الولد ولا نريد به أنها تصير أم ولده في الحال؛ بل تريد به أنه في الحال لا يبيعها، فعلى هذا إن رق المكاتب رقاً جميعاً؛ لأنه يجوز حينئذٍ بيع الولد وحرمتها بالولد فيجوز بيعها أيضاً وإن عتق كانت أم ولده وتعتق بموته (ق١٣٨ب).

والثاني: يبيعها ولا تصير أم ولدٍ به خاف العجز أو لا لأنها علقت بمملوك فلم تصر أم ولد، كما لو أولدها في النكاح ثم استبرأها لا تصير أم ولدٍ له، والأول اختيار المزني وهذا على أصله صحيح؛ لأن عنده الحر إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها صارت أم ولد أيضاً وههنا أولى.

وقال مالك: إن خاف العجز باع هذه الجارية، وإن لم يخف العجز لا يبيعها، وقال أبو حنيفة: إن مات الولد حل له بيعها، وإن كان حياً لا يبيعها، وهذا غلط لأنها لا تخلو من أحد أمرين: إما أن تكون أم ولدٍ فلا يجوز بيعها بحالٍ كسائر أمهات الأولاد.

وإما أن لا تكون أم ولد فيجوز بيعها على كل حال كالأمة القن لا وجه للفرق الذي ذكره مالك ولا للذي ذكره أبي حنيفة.

وحكي عن الاصطخري أنه قال: لو خاف العجز إن لم يبع الولد له بيعه لأن عجزه يفضي إلى رقهما معاً فكان بيعه في عتق الأب أولى من استرقاقه مع الأب، وهذا خلاف مذهب الشافعي؛ لأن العتق بيعه مظنون، ويجوز أن يتلف ثمنه قبل أدائه في مال الكتابة فلا يجوز أن يسقط به ما استحقه على أبيه من العتق بعتقه، ويقابل هذا التجويز أنه يجوز أن يكتسب مالاً قبل تعجيزه من لقطةٍ أو هبةٍ فيعتقان معاً.

باب الاستبراء من كتاب الاستبراء

مسألة:

قَالَ(١): «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَامَ سَبْيِ أَوْطَاسٍ أَنْ تُوطأَ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلاَ حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ وَلاَ يَشُكُّ أَنَّ فِيهِنَّ أَبْكَاراً أَوْ حَرَائِرَ كُنَّ قَبْلَ أَنْ يُسْتَأْمَيْنَ وَإِمَّا

(١) انظر الأم (٥/ ٤٥، ٤٦).

وَضِيعَاتٍ وَشَرِيفَاتٍ فَكَانَ الأَمْرُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيهِنَّ وَاحِداً» (ق١٣٩أ).

إذا ملك الرجل جارية بشراء أو هبة أو ميراث أو غنيمة أو وصية لا يجوز له أن يطأها حتى يستبريها سواء كانت الجارية بكراً أو ثيباً صغيرة لا يمكن وطئها أو كبيرة يمكن وطئها وسواء كانت ممن تحبل، أو لا تحبل شريفةٍ كانت أو دينة للعلة التي ذكرها الشافعي ههنا وهي حدوث الملك على جارية محرمة عليه.

واعتبر الشافعي حدوث الملك وكون الفرج محرماً عليه قبل الملك؛ لأن الرجل إذا تزوج ثم استبرأها لا تجب عليه أن يستبرئها، لأن الفرج كان مباحاً له قبل الملك.

وبه قال عمر، وعثمان، وعبد اللَّه بن مسعود، وابن عمر، والحسن، وعطاء، وابن سيرين، وعكرمة، وجماعة الفقهاء رضي اللَّه عنهم، وقال داود: إن كانت بكراً فلا استبراء عليه، وإن كان ثيباً يلزمه الاستبراء.

وروي هذا عن ابن عمر رضي اللَّه عنه، وقال مالك: إن كانت عمن لا تجامع مثلاً فلا استبراء، وإن كانت ممن تجامع مثلاً يلزمه الاستبراء.

وحكى صاحب المفتاح عنه أنه قال: تستبرأ الشريفة ولا تستبرأ الدنية، وقال الليث بن سعد: إن كانت ممن يحبل مثلها فعليها الاستبراء، وإن كانت ممن لا تحبل مثلها فلا استبراء عليها، وقال المزني من مختصر: المختصر عندي أنه لا يلزم الاستبراء بحالٍ إلا أن تكون موطأة أو كانت حائلاً وأنا أميل إلى هذا.

واحتجوا بأن الغرض بالاستبراء معرفة براءة الرحم، فإذا كانت بكراً أو لا تحبل لا حاجة إليه، وهذا غلط لما ذكر الشافعي من الدليل وأشار على لفظ الخبر ولولا ذلك لكان الأول أن يقول نهى عام سبي أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع أو حائل حتى تحيض وكان الأولى بعدما قصد إلى اللفظ أن يقول: قال رسول الله ﷺ (ق١٣٩ب) ويذكر الخبر، وقوله قبل أن يستأمنن أي قبل أن يصون بالاسترقاق إماءً.

وروى أبو الدرداء رضي اللَّه عنه أن النبي ﷺ كان في غزوة رأى امرأة محجماً. فقال: لعل صاحبها ألم بها قالوا: نعم، فقالت: لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه في قبره كيف يورثه وهو لا يحل له وكيف يستخدمه وهو لا يحل له» والحج الحامل المقرب وفيه بيان أن الواطىء الحامل من السبايا لا يحل حتى تضع الحمل وقوله كيف يورثه وهو لا يحل له يريد به أن ذلك الحمل قد يكون من زوجها المشترك فلا يحل له استلحاقه وبورثته، وقد يكون منه إذا وطئها بأن ينعس ما كان في الظاهر حملاً وتعلق من وطئه فلا يجوز له نفيه واستخدامه، وفي هذا دليل على أن الأمة تصير فراشاً بالوطء.

وروى أنس رضي اللَّه عنه أن النبي ﷺ استبرأ صفية بحيضة، وروى رويفع بن ثابت الأنصاري أن النبي ﷺ قال يوم حنين: «لا يحل لمؤمن يؤمن باللَّه واليوم الآخر سقى مائه زرع غيره» يعني إتيان الحبالى.

فرع:

قال القفال: قال في الأم ورواية الربيع إذا اشترى أمة معتدة من زوج فانقضت عدتها لا يلزم الاستبراء، ولو زوج أمته فأصابها الزوج، ثم طلقها فاعتدت يلزم الاستبراء. وقال في الإملاء في المسألة الأولى: يلزم الاستبراء وفي المسألة الثانية لا يلزم الاستبراء فاختلف جوابه هكذا في الكتابين على التضاد، وقد سألت كثيراً من أصحابنا فلم يزد أحد منهم على أن قال للشافعي في المسألتين قولان:

أحدهما: يدخل الاستبراء في العدة.

والثاني: لا يدخل وهذا وإن كان كذلك (ق١٤٠أ) فلا بد من أن يكون لفصل الشافعي بينهما واختلاف جوابه معنى فالمعنى الذي اعتبره الشافعي في الأم أن الاستبراء تجب عند حدوث الملك الذي اعتبره الشافعي في الأم أن الاستبراء تجب عند حدوث الملك على الفرج فمتى كان الفرج مشغولاً بحق الغير لم يجب فعلى هذا في المسألة الأولى لا تجب وفي الثانية: يجب لأن ملكه على الفرج إنما حدث عند فراغها من العدة، وإذ ذاك لم يكن للغير حق فوجب الاستبراء كما لو كانت أمة فعجزت أو زوج أمته فطلقها زوجها قبل الدخول، واعتد في الإملاء على معنى آخر وهو أن العدة إذا حصل كلها في ملكه حصل الاستبراء له، وإذا حصل بعضه في غير ملكه لم يعتد به، وهذا حسن لم يقله غيره.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً مِنْ امْرَأَةٍ ثِقَةٍ وَقَبَضَتْهَا وَتَفَرَّقَا بَعْدَ البَيْعِ، ثُمَّ اسْتَقَالَهَا فَأَقَالَتْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئُهَا».

الفصل:

قصد الشافعي بهذا التصوير التنبيه على أن الاستبراء حيث يجب إنما يجب بسبب حدوث الملك سواء كان الوطء من البائع موهوماً أو غير موهوم، فلو كنا نأمر بالاستبراء لتوهم الوطء لما أوجبناه في هذه المسألة لأنا تيقنا أنها بين البيع والإقامة كانت مصونة عن الوطء وجملته أنه إذا باع أمته من امرأة أو خصي أو رجل عدل، ثم استقال في الحال فأقاله انتقل الملك إليه قبل أن يطأها المشتري ولا يحل له وطئها حتى يستبرئها سواء كان بعد قبض المشتري أو قبل قبضه.

وقال أبو يوسف: إن كانت الإقالة بعد القبض يلزم الاستبراء، وإن كانت قبل القبض فالقياس أن يستبرئها ولكنه لا يجب استحباباً.

وروي هذا عن أبي حنيفة، وهذا لأن قبل القبض باقية على حكم ملكه، وهذا غلط، لأنها حرمت عليه بعقد معاوضة وحلت له بفسخه فيجب الاستبراء كما لو كان بعد

(١) انظر الأم (٥/٤٦).

القبض. وأما ما ذكره لا يصح لأنها (ق١٤٠ب) ملك المشتري يلزمه نفقتها، وعلى ما ذكرنا قال القاضي الطبري: لو فسخ البائع البيع في المجلس قبل التفرق، وقلنا: الملك للمشتري لا يجب الاستبراء عليه لأنه استحدث عليها ملكاً بعد التحريم.

فإن قيل: أليس يجوز للبائع وطئها في مدة الخيار قيل نعم ويكون وطئه فسخاً، فأما الوطء مع انتقال الملك فمحرم.

مسألة:

قَالَ[1]: **«والاسْتِبْرَاءُ أَنْ تَمْكُثَ عِنْدَ المُشْتَرِي طَاهِراً بَعْدَمَا مَلِكَهَا».**

الفصل:

أراد به أن الاستبراء واجب على المشتري دون البائع، فإن استبرىء البائع وباعها لم يسقط عن المشتري والمستحب أن يسبرئها البائع أيضاً إن كان قد وطئها، وإن لم يكن وطئها فلا معنى له، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وقد ذكرنا في كتاب البيع عن النخعي وجماعة أنه يجب على البائع والمشتري معاً؛ لأن البائع يلزمه حفظ مائه وكذلك المشتري يستبرئها لحفظ مائه، وهذا غلط؛ لأن الاستبراء في حق الحرة آكد لأنه ثلاثة أقراء، ثم لا يجب قبل النكاح وبعده فههنا أولى وما ذكره يبطل بالحرة.

وقال عثمان البني: يجب الاستبراء قبله كالنكاح، وهذا غلط لأنه ملك استمتاع جارية بملك اليمين بعد تحريمها عليه فكان عليه الاستبراء كالمسبية.

وأما ما ذكره لا يصح في المحرمة بخلاف النكاح، والاستبراء يكون في يد المشتري، وإن كانت جميلة ففي يدي عدل، وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع وهذا غلط لأنه استبراء لاستحداث ملك فأشبه إذا كانت قبيحة.

واعلم أن أبا حامد قال: لو استبرأها قبل القبض بعد لزوم البيع لم يعتد به ويلزمها استبراء آخر بعد القبض؛ لأن الشافعي قال: «والاستبراء أن تمكث عند المشتري طاهراً» ولأن الملك لم يستقر بعد فأشبه إذا كان قبل التفرق، قال: وهكذا إذا أوصى له بجارية ومات (ق١٤١أ) فقبل الوصية ملكها، وإن لم تقبض ولا تعتد بالاستبراء قال: ولو ورث جارية فاستبرأها قبل القبض وقع الاستبراء موقعه والفرق أن بالميراث تصير كالمقبوضة بدليل أنه يجوز له بيعها في الحال، فلها يعتد بالاستبراء هناك بخلاف مسألتنا والمسألة خلاف هذا على ما ذكرنا في كتاب البيع؛ لأن الشافعي قال: بعد هذا ولو لم يتفرقا حتى وضعت حملاً لم تحل له حتى تطهر من نفاسها ويحيض حيضة ولم يشترط القبض، لأن الملك قد تمّ ولزم فأشبه إذا كان بعد القبض.

وأما قول الشافعي: **«الاسْتِبْرَاءُ أَنْ تَمْكُثَ عِنْدَ المُشْتَرِي»** قصد به الرد على مالك

---

(١) انظر الأم (٥/٤٦).

حيث قال: إذا كانت حسنة تكون في يد عدل على ما ذكرنا، وأما قوله: تمكث طاهراً بعدما ملكها ثم تحيض حيضة معروفة، فإذا طهرت منها فهو الاستبراء يريد به أن الاستبراء بالحيض ولكن يكون حيضة معروفة أي صحيحة، وهو أن يكون أقله يوم وليلة وأكثره خمسة عشر ولا بد من أن تمكث طاهراً، ثم تحيض حيضة لأنها كانت حين ملكها طاهراً فلا بد من أن تحيض حيضة، فإذا طهرت حلت، وإن كانت حائضاً فلا تحتسب بنفسها، فإذا طهرت، ثم حاضت حيضة كاملة، ثم طهرت ثانياً حلت، وقد ذكرنا ما قيل فيه، وإن كانت لا تحيض فاستبرؤها بشهر.

وقال عمر بن عبد العزيز، ومجاهد، وطاوس، وعطاء، وابن سيرين: ثلاثة أشهر وهو قول آخر لنا، وهو الصحيح عند كثير من أصحابنا، ثم قال: فإن استبرأت أمسك حتى يعلم أن تلك الريبة لم تكن حملاً وأراد إذا استبرأت نفسها بحيضة ثم استبرأت فعلى السيد أن يمسك عنها، ولفظ الشافعي يدل على هذا لأنه قال: ولا أعلم مخالفاً في المطلقة لو حاضت ثلاث حيض وهي ترى (ق١٤١ب) أنها حامل لم تحل للأزواج إلا بوضع الحمل والبراءة من أن يكون حملاً.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلاَ تَحِلُّ لَهُ قَبْلَ الاسْتِبْرَاءِ التَّلَذُّذُ بِمُبَاشَرَتِهَا».

الفصل:

إذا ثبت أن الاستبراء على المشتري فلا يحل له وطئها حتى يستبرئها، وأما دواعي الجماع من القبلة واللمس والنظر بشهوة فلا يحل له أيضاً في زمان الاستبراء المعنيين بأحدهما أنه استبراء لصيانة الماء فأشبه المعتدة من زوج. والثاني: وهو الأظهر أنها قد يكون من سيدها أو وطء شبهة فتكون أم ولد غيره فيؤدي إلى مباشرة أم ولد غيره ولا يجوز ذلك هذا إذا ملكها بغير السبي، فإن ملكها بالسبي والاغتنام فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز شيء من هذا قياساً على المملوكة بغير السبي.

والثاني: يجوز ذلك، وهو ظاهر المذهب لأن هذا لا تخلو إما أن تكون حائلاً أو حاملاً فإن كانت حائلاً فهي مملوكة له، وإن كانت حاملاً لا تكون أم ولد للمشترك وتكون هي وولدها مملوكين له، فإن قيل فقولوا: يجوز وطئها أيضاً لهذا المعنى قلنا: إنما حرمنا وطئها لئلا يختلط ماءه بماء المشترك، وكان الاستبراء واجباً لحرمة ماء المسلم دون المشرك، ولأنه روي عن عبد اللّه بن عمر رضي اللّه عنه، أنه قال: وقع في سهمي جارية من سبي حلولاً فنظرت إيها، فإذا عتقها مثل الإبريق فلم أتمالك أن وثبت عليها فقبلتها والناس ينظرون ولم ينكر عليه أحد.

---

(١) انظر الأم (٥/٤٦).

فرع:

لو وجبت العدة على زوجة الغير بوطء شبهة لا يحل للزوج وطئها ما دامت في عدتها وهل تحل التلذذ بما دون الوطء وجهان لأن المقصود نفي اختلاط البائن وهي بعد العدة حلال للزوج كالمسبية، وهكذا لو زوج أمته، ثم طلقها بعد الدخول وانقضت عدتها، ثم عادت إلى السيد يلزمها (ق١٤٢أ) الاستبراء بعد العدة تعتد في أحد الوجهين وهل يحرم في هذا التلذذ وجهان:

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ لَمْ يَفْتَرِقَا حَتَّى وَضَعَتْ حَمْلاً لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ نِفَاسِهَا، ثُمَّ تَحِيضَ حَيْضَةً مُسْتَقْبِلَةً».

الفصل:

إذا اشترى جارية حائلاً فاستبرأها يكون بوضع الحمل، وإنما يصح ذلك إذا كان حملها مملوكاً، فإذا وضعت نظر، فإن وضعت بعد لزوم البيع وانبرامه وهو بعد التفرق وقع الاستبراء موقعه، وإن وضعت قبل لزوم البيع مثل أن وضعت في مدة خيار المجلس له وخيار الشرط.

فإن قلنا: الملك في زمان الخيار للبائع لم يعتد به عن الاستبراء، فإذا تفرقا وطهرت من النفاس، ثم حاضت حيضة حصل الاستبراء ولا يحتسب بالنفاس من الاستبراء لأنه تابع للولادة التي قبله.

وإن قلنا: ينتقل الملك بنفس العقد إلى المشتري أو قلنا إنه مراعى فهل يعتد بهذا الوضع عن الاستبراء وجهان ذكرهما أبو إسحاق:

أحدهما: يعتد به لأنه استبراء بعد حدوث الملك.

والثاني: لا يعتد به لا الملك لم يستقر بدليل أن للبائع انتزاعها من ملكه.

وقال صاحب الحاوي[٢]: إن كان وضع الحمل حصل الاستبراء وجهاً واحداً على هذا القول ولو كان بدل الحمل قرء فيه وجهان خرجهما أبو إسحاق لأن الاستبراء بالحمل أقوى من الاستبراء بالقرء، وهذا لا يصح لأنه يحصل الاستبراء بهما كما أعرف فرقاً بين الحمل والوضع.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَلَوْ كَانَتْ أَمَةٌ مُكَاتِبَةٌ فَعَجَزَتْ لَمْ يَطَأْهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٤٧).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٥٢). (٣) انظر الأم (٥/ ٤٧).

إذا كانت السيد أمته فعجزت عن الأداء ورقت أو زوجها فطلقها زوجها قبل الدخول (ق١٤٢ب) فارتد أحدهما أي الجارية أو سيدها ثم عاد إلى الإسلام لم يكن له وطئها حتى يستبرئها.

وقال أبو حنيفة: له وطئها من غير استبراء في هذه المواضع؛ لأن ملكه لم يزل عنها، وإنما حرمت بعارضٍ كما لو رهنها، ثم فكها من الرهن، وهذا غلط لما ذكره الشافعي أنها ممنوعة منه، ثم أبيح بالعجز ولا يشبه صومها الواجب عليها وحيضها، ثم يخرج من ذلك؛ لأنه يحل له في ذلك أن يلمسها ويقبلها ويحرم ذلك في الكتابة كما يحرم إذا تزوجها، وتحرير هذا أن كل من ملك الاستمتاع بجارية بعد تحريمها عليه لم يحل له وطئها قبل الاستبراء، ولا يدخل على هذا الصائمة إذا خرجت من صومها، والحائض إذا طهرت من الحيض لأنهما لم يكونا محرمتي الاستمتاع، وكذلك الأمة إذا رهنها، ثم فكها من الرهن لا يلزمه أن يستبرئها؛ لأن الرهن لا يحرم الاستمتاع بها، فإن له أن يقبلها وله أن يطأها إن كانت صغيرة لا تحبل مثلها، ولا يدخل على هذه الأمة إذا أحرمت بحج أو عمرة، ثم حلت؛ لأن مولاها لم يزل ملكه من الاستمتاع بها فلا يقال إنها لما حلت من الإحرام ملك الاستمتاع بها، وإذا عجزت ملك المولى ذلك فدل على الفرق بينهما.

قال القفال: وعلى هذا الخلاف إذا وطء إحدى الأختين، ثم كاتبها حلت له الأخرى في الحال عندنا، وقال أبو حنيفة: لا تحل، ثم قال الشافعي: وإنما قلت طهر، ثم حيضة حتى تغتسل منها؛ لأن النبي ﷺ دل على أن الأقراء الأطهار بقوله ﷺ لابن عمر رضي اللَّه عنه يطلقها طاهراً من غير جماع فتلك العدة التي أمر اللَّه تعالى أن يطلق لها النساء، وأمر ﷺ من الإماء أن يستبرئن بحيضة فكانت الحيضة الأولى أيامها طهراً كما كان الطهر. أما من الحيض فكان قصد النبي ﷺ (ق١٤٣أ) في الاستبراء إلى الحيض، وفي العدة إلى الأطهار كان قائلاً قال له: لم يفرق بين عدة الطلاق بالنكاح تكون بالطهر وبين الاستبراء بالحيض؟ فقال: لأن الشرع فرق بينهما كما ذكر.

واعلم أن في اللفظ إشكالاً وذلك أنه قال: وإنما قلت طهر، ثم حيضة فأوهم بظاهره أن الاستبراء يقع بالطهر، فذهب بعض أصحابنا إلى هذا الظاهر فقال: إذا استبرأها طاهراً فحاضت حلت من الاستبراء وجاز في حيضها ما يجوز من الاستمتاع بالحائض ولكن آخر كلام الشافعي في هذا الفصل يمنع صحة هذا القول؛ لأنه قال: فكان قصد النبي ﷺ في الاستبراء إلى الحيض، وفي العدة إلى الأطهار وإزالة الإشكال عن أول هذا الفصل بأن يقال: معنى قوله: وإنما قلت: طهر ثم حيضة أنه لو استبرأها حائضاً لا تحتسب بقية الحيضة والاستبراء لا يقع إلا بحيضة أولها وآخرها في ملك المشتري، ولم يرد أن الاستبراء بالأطهار وكيف يريد ذلك.

وقد روى حديث ابن عمر، وحديث أوطاس وفرق بينهما بهذا، وأما قول الشافعي

وكانت الحيضة الأولى أمامها طهراً كما كان الطهر أمامه الحيض لفظ مشكل فظاهره أن الطهر في العدة أمامه حيض كما أن الحيض المحسوب في الاستبراء حيض أمامه طهراً وإزالة الإشكال أن يقال يحتمل أن يكون الشافعي أراد بهذا الطهر الثاني من العدة فإنه يتبع الحيضة، أو أراد الصغيرة التي لم تحض قط فطلقها زوجها فحاضت بعد الطلاق قبل تمام الأشهر الثلاثة، فلا يتصور أن يحتسب لها في العدة قرء حتى تكون أمامه حيض، فأما إذا حملنا لفظه على غير هذين الموضعين فلا يمكن؛ لأن بقية الطهر بعد الطلاق قرء محسوب، وإن لم تكن أمامها حيض بعدما طلقها (ق١٤٣ب).

فرع:

لو اشترى أمة مجوسية فاستبرأها، ثم أسلمت لا يجوز له أن يطأها بعد الإسلام حتى يستبرئها، ولا تعتد بالاستبراء الذي حصل في حال الكفر؛ لأنه لا يفيد الإباحة والاستبراء المعتد به إنما هو إذا تعلقت به الاستباحة وقيل: فيه وجه آخر أنه يعتد بذلك الاستبراء وعلى هذا عن أبي حامد ولا يوجد في تعاليقه ذلك، قال أصحابنا: وهكذا إذا اشترى أمة مجوسية فكاتبها، ثم أسلمت واستبرأها بعد إسلامها ثم عجزت لم تحل لمولاها إلا بأن يستبرئها، وهذه المسألة ليست من جنس ما قبلها لأن ههنا وجب بالعجز استبراء جديد، فإنه استحدث الملك على الاستمتاع.

فرع آخر:

لو كان لرجل عبد مأذون له في التجارة فاشترى العبد أمة واستبرأها بالحيضة، فحجز المولى عليه ومنعه من التصرف ينظر، فإن لم يكن على العبد دين فقد حلت الجارية للمولى بالاستبراء السابق، وإن كان على العبد دين لم يصح الاستبراء؛ لأن الجارية محرمة على المولى لتعلق ديون الغرماء بها، فلا يصح الاستبراء في حال التحريم، وكان عليه أن يستبرئها في حال ينفعه الاستباحة هكذا ذكر جميع أصحابنا.

وقال صاحب الحاوي[1]: عندي أنه لا يلزم الاستبراء وتحل له الاستبراء المتقدم لوجوده بعد استقرار الملك والرهن لا يوجب الاستبراء كذلك ههنا ذكر في الشامل أنه لا يحتسب الاستبراء في حال الرهن وهو غلط ظاهر.

فرع آخر:

لو اشترى أمةً من ذوات الأقراء فتباعد حيضها فهي كالمعتدة إذا تباعد حيضها وفي الجملة كل جنس تعتد به الحرة تعتد به الأمة إلا أنهما يختلفان في مقدارها وفي أنه بالحيض دون الطهر في أصح القولين على ما ذكرنا.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٥٣).

فرع آخر:

(ق١٤٤أ) قد ذكرنا فيما تقدم أنه إذا اشترى زوجته الأمة لم يجب عليه أن يستبرئها؛ لأنها كانت حلالاً له فانقلبت من الإباحة بالنكاح إلى الإباحة بملك اليمين. قال الشافعي: واستحب له أن يستبرئها؛ لأن الولد من الماء الذي كان في النكاح رقيق ولا تصير به أم ولدٍ له، والولد المخلوق من الماء الذي يحصل في ملكه حر وتصير الجارية أم ولدٍ له فالمستحب أن يستبرئها حتى يتميز أحد الماءين عن الآخر، وقيل فيه وجه آخر إنه يجب الاستبراء، وهذا غلط لا يحكى.

فرع آخر:

لو اشترى أمة فظهر بها حمل فولدت فقال البائع: هو مني كنت وطئتها قبل البيع، نظر في المشتري، فإن صدقه كانت الجارية للبائع والولد حر والبيع باطل، وعليه أن يرد ثمنها على المشتري، وإن كذبه المشتري نظر، فإن كان البائع لم يقر بالوطء إلا بعد البيع فلا يصرف؛ لأنه متهم في حق المشتري فلا يقبل قوله فيه كما لو باعها، ثم قال: كنت أعتقتها أو غصبتها من فلانٍ فلا يصدق في حق المشتري، فعلى هذا تكون الجارية مملوكة للمشتري والولد مملوك له، وقال أبو حنيفة وحده، إن أتت به لدون ستة أشهر يصدق ويبطل البيع، وهذا غلط لما ذكرنا وهل يثبت نسبه من البائع؟ قولان. قال في «الأم» و«الإملاء»: يثبت لأنه لا يمتنع أن يكون ابناً للبائع مملوكاً للمشتري والثاني: قاله في «البويطي»: لا يثبت لأن إقراره بالوطء تضمن ثلاثة أحكام:

أحدها: أنها أم ولد.

والثاني: أن الولد حر.

الثالث: أنه ابنه فإذا لم يثبت إقراره حكمان كذلك الحكم الثالث.

وهذا لأنه لا يستضربه المشتري لو أعتقه ومات فإنه تقدم عليه في الميراث، وإن كان قد أقر به قبل عقد البيع نظر، فإن البائع قد استبرأها، ثم باعها لا يخلو من أحد أمرين:

إما أن تكون ولدت (ق١٤٤ب) لأقل من ستة أشهر فقد بينا أن الاستبراء لم يكن صحيحاً وأنها أم ولد له ويكون الحكم فيه على ما بيناه، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً فلا يقبل إقراره فيه ويكون الولد منفياً عن البائع وينظر، فإن لم يكن المشري وطئها كانت الجارية والولد مملوكين، وإن كان وطئها المشتري وأتت به لستة أشهر من وقت وطئه وأقل من أربع سنين من وطء البائع فالولد يحتمل أن يكون من كل واحدٍ منهما فيرى القافة على ما بيناه.

واعلم أن أبا حامد ذكر في تعليقه ولو باع جارية قد أقرّ بوطئها ثم ولدت عند المشتري وأمكن أن يكون من كل واحد منهما، وذكر الحكم ووهم في تخريجه؛ لأن

ظاهر مذهب الشافعي أنه منتف عنه بعد ستة أشهر من الاستبراء فهي إن ولدت لأقل من ستة أشهر من استبراء البائع فهو لأقل من ستة أشهر من استبراء البائع فهو لأقل من ستة أشهر من وطء المشتري لأن وطئه بعد وطء البائع فيكون لاحقاً بالبائع دون المشتري، وإن ولدته لستة أشهر من وطء المشتري فهو لأكثر من ستة أشهر من استبراء البائع؛ لأن استبراءه قبل وطء المشتري فيكون لاحقاً بالمشتري دون البائع، ويصح هذا التخريج على قول ابن سريج لأنه سوى بينها وبين الحرة فيقول ولد الأمة يلحق إلى أربع سنين كالحرة.

فرع آخر:

لو اشترى أمة فظهر بها حمل فقال المشتري للبائع: هذا الحمل كان موجوداً في حال عقد البيع فلي أن أردها بالعيب، وقال البائع: هل حدث عندك بعد البيع؟ نظر فإن كان لأقل من ستة أشهر فهو كان موجوداً في حال البيع فله أن يردها بالعيب، لأن الحمل عيب في بنات آدم لجواز تلفها، وإن كان لستة أشهر (ق١٤٥أ) فصاعداً فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأنهما إذا اختلفا في العيب ومثله يحدث في يد المشتري فالقول قول البائع مع يمينه، إن أنكر البائع الحمل فأن يريها القوابل، فإن قلن إنها حامل حكمنا به لأن للحمل أمارات من انتفاخ الجوف وكبره وحركة الولد، ونزول اللبن وسواد الثديين وهن أعرف بذلك. نرجع إلى قولهن لأنهن لم يخبرن بذلك عن علم بل يخبرن عن غالب ظن بالدليل.

فرع آخر:

أقل الحمل ستة أشهر ومعناه أقل ما تضع المرأة حملاً يعيش ستة أشهر فأما السقط وما قد تصور وتحلق ولا يعيش يكون بعد ثمانين يوماً وفي مدّة ثلاثة أشهر. وهذا إجماع ودليله قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًاۚ﴾ [الأحقاف: ١٥] فذكر المدتين معاً، وأراد به أكثر مدة الرضاع وأقل مدة الحمل لأنه لا يجوز أن يريد أطول المدتين لأنه يزيد على ثلاثين شهراً ولا يجوز أن يريد أنقص المدتين لأنه لا يبلغ ثلاثين شهراً، ولا يجوز أن يريد أكثر مدة الحمل وأقل مدة الرضاع لأنه يزيد أيضاً فلم يبق إلا ما قلنا.

وروى أبو الأسود الديلي أن عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه رفعت إليه امرأة ولدت لستة وأمر برجمها فأتى علي رضي اللَّه عنه في ذلك فقال: لا رجم عليها فبلغ ذلك عمر فأرسل إلى علي فسأله عن ذلك فقال: لا رجم عليها لأن اللَّه تعالى يقول: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ﴾ [البقـرة: ٢٣٣]، وقال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَٰلُهُ ثَلَٰثُونَ شَهْرًاۚ﴾ [الأحقاف: ١٥] ستة أشهر وحولين كاملين تمامه لا رجم عليها فخلى عنها عمر هكذا رواه الإمام أحمد البيهقي (ق١٤٥ب).

وروى أصحابنا أن امرأة أتت بولدٍ لستة أشهر فهم عثمان رضي اللَّه عنه برجمها، فقال ابن عباس: إن خاصمتكم بكتاب اللَّه تعالى فقال عثمان: وما ذاك فقال: ما قال علي فرجع إلى قوله: واستحسن الناس استخراجه وصارت المسألة إجماعاً. وذكر العقيبي

أن عبد الملك بن مروان: حملته أمه ستة أشهر، وأما أكثر مدة الحمل فعندنا أربع سنين وهو أصح الروايات عن مالك وأحمد.

وقال الثوري، وأبو حنيفة، والمزني، وعثمان: البتي أكثره سنتان، وروي ذلك عن أحمد وروت جميلة بنت سعد عن عائشة رضي اللّه عنها أنها قالت: لا يكون الحمل أكثر من سنتين بقدر فلكة مغزل.

وقال الزهري، وربيعة، والليث: أكثره سبع سنين، وهو رواية أخرى عن مالك وروي عن مالك رواية ثالثة خمس سنين.

وقال أبو عبيد: لا حد لأكثره وهذا كله غلط؛ لأن اللّه تعالى ذكر الحمل مطلقاً ولا حد له في اللغة، ولا في الشرع فرجع فيه إلى العرف والعادة. وقد وجد هذا عادة في نادر من النساء.

قال الشافعي: بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين، وزاد الزبير بن بكار: حتى خرجت أضراسه. وقال الوليد بن مسلم: قلت لمالك بن أنس: إني حدثت عن عائشة أنها قالت: لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل، فقال: سبحان اللّه من يقول هذا لا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة تحمل كل بطن أربع سنين، وكانت تسمى حاملة الفيل (ق١٤٦أ).

وروي عن مالك بن دينار أنه أتى في الدعاء لامرأة حبلى منذ أربع سنين فدعا لها فولدت غلاماً جعداً ابن أربع سنين قد استوت أسنانه، وروي عن علي بن يزيد القرشي: أن سعيد بن المسيب أراه رجلاً فقال: إن أبا هذا غاب عن أمه أربع سنين، ثم قدم فوضعت هذا وله ثنايا.

وقال القتيبي في المعارف: إن هرم بن حبان حملته أمه أربع سنين، وروي أن منظور بن ريان وضعته أمه لأربع سنين، وكذلك محمد بن عبد اللّه بن جبير، وكذلك إبراهيم بن نجيح العقيلي، وهذا إذا وجد في الأعيان ففي العامة أكثر فوجب الحكم به.

فإن قيل: روى أبو داود، عن الحسن بن علي الحلواني، عن سليمان بن عباد ابن العوام أنه قال: كان عندنا امرأة بواسط بقي الحمل في بطنها خمس سنين فولدت ولداً وكان شعره إلى منكبيه فمرّ به طير فقال: بئس، قالوا: وهذا زايد فكان أولى.

وروي عن الزهري أنه قال: رجل حمل سبع سنين، قلنا: الأخذ بالزائد أولى إذا ثبت وعندنا لم يثبت هذا ولا يتميز إليه، ثم مثل هذا الحكم لا يثبت بوجوده مرة بل يعتبر التكرار في جماعة من النساء، ولم يثبت ذلك، واللّه أعلم.

كتاب الرضاع

مسألة:

قَالَ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِيمَنْ حَرَّمَ مَعَ القَرَابَةِ ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النِّسَاء: ٢٣] وقال رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة».

الأصل في تحريم الرضاع الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فما ذكر من الآية (ق١٤٦ب) قال الشافعي ونصه عليهما يعني على الأم والأخت للتنبيه على غيرهما لأنه حرم الأخوات والبنات أقرب من الأخوات فكن بالتحريم أولى ويدل على التنبيه الخبر الذي ذكر، وقال أصحابنا: كأنه نبه بذكر البنات على سائر النسب وبذكر الإخوات على جميع المحارم ممن يلي جانب النسب لأنه ليس في جميع المحارم إلا معنى الولادة ومعنى الأخوة فالأم والجدات والبنات وبنات الابن يحرمن بحكم الولادة والأخوات والعمات والخالات بمعنى الأخوة إذ عمة الرجل أخت أبيه وخالته أخت أمه.

وأما السنة ما ذكرنا من الخبر روته عائشة رضي اللّه عنها وروى علي رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

وروى أبو الطفيل أن رسول الله ﷺ كان يقسم لحماً بالجعرانة فأقبلت امرأة وزنت إليه فبسط لها رداءه فجلست عليه فقلت من هذه؟ قالوا: أمه أرضعته.

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه. فإذا تقرر هذا فحكم الرضاع حكم النسب في شيئين:

أحدهما: في تحريم النكاح.

والثاني: في حرمة المحرمية فتعتبر محرماً له حتى يجوز له أن يحلو بها وينظر منها إلى ما ينظر إليه ذوو المحارم.

وأما سائر أحكام النسب من الميراث والنفقة والعتق بالملك ورد الشهادة وسقوط القصاص لا يتعلق بالرضاع.

مسألة:

قَالَ[1]: فَبَيَّنَتِ السُّنَّةُ أَنَّ لَبَنَ الفَحْلِ يُحَرِّمُ كَمَا تُحَرِّمُ وِلَادَةُ الأَبِ».

---

(١) انظر الأم (٥/٤٩).

أراد به أن المرأة إذا أرضعت صبية أو صبياً ثبتت الحرمة بينها وبين المرضعة وبين زوجها الذي منه اللبن فتكون المرضعة (ق١٤٨أ) أما زوجها أباكما إذا ولدته من مائه حرم عليهما، وكانا أبوين، وقوله نفس السنة قد قيل: أراد به الحديث الذي تقدم ووجه الدليل أنه شبه بالنسب والنسب إلى الآباء فدل أنه تثبت الحرمة به من جهة الأب، وقد قيل: لم يرد به هذا الحديث بل أراد ما روي عن عائشة رضي اللَّه عنها قالت: استأذن عليَّ أفلح أبو أبي القعيس فاستترت منه فقال: أتستترين مني وأنا عمك قلت: وكيف ذلك؟ قال: راضعت امرأة أخي بلبن أخي فقلت: إنما أرضعتني المرأة دون الرجل فقلت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «إنه عمك تربت يمينك فليلج عليك».

وروى بعض الرواة أفلح من أبي القعيس وهو خطأ، قال الشافعي: وسئل ابن عباس رضي اللَّه عنهما عن رجل كانت له امرأتان فأرضعت إحداهما غلاماً والأخرى جارية فهل يزوج الغلام بالجارية، فقال: لا اللقاح واحد أن الفحل واحد ومعناه أن لبن المرأتين لرجل واحد فيكونان أخوين من أب كما إذا ولدت إحداهما غلاماً والأخرى جارية كان أخوين من أب وعلى هذا لو كانا أخوان لكل واحد منهما امرأة فولدت إحداهما غلاماً والأخرى جارية يجوز تزويج الجارية من الغلام، فإن أرضعت إحدى المرأتين ولد المرأة الأخرى حرم التزويج لأنهما صارا أخوين من الرضاعة وبه قال الحسن، وعطاء، وطاوس، والقاسم بن محمد، وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي اللَّه عنهما، وجماعة الفقهاء مالك وأبي حنيفة، وإسحاق. وقال إسماعيل ابن عُلية، وداود، والأصم: لا تثبت حرمة الرضاع بين المرضع وبين زوجه المرضعة الذي اللبن منه وإنما تنتشر الحرمة إلى أقارب المرضعة لا غير.

وروي هذا عن ابن عمر، وابن الزبير وهو اختيار عبد الرحمٰن (ق١٤٧ب) ابن بنت الشافعي، وروي عن عائشة رضي اللَّه عنها أنها كانت تأذن أن يدخل عليها من أرضعته بنات بنت أبي بكر، ولا تأذن أن يدخل عليها من أرضعته نساء ابن أبي بكر وهذا موافق لما روي عن ابن عمر.

واحتجوا بأن اللبن للمرأة لا يشاركها الزوج فيه، وقد ينزل للبكر لبن وتثبت الحرمة وهذا غلط لأن المولود لهما لأجل أنه خلق من ماءهما فكذلك اللبن الذي خلق غذاء للمولود لهما فلبنها لبن المرضعة ولبنه لبن الفحل لاشتراكهما فيه لا أن يحلب من الفحل لبن ولأن الولد في الملك يتبع المرأة والتحريم يتعلق بهما فكذلك اللبن يحصل عن المرأة وتحريمه يتعدى إليهما، وقيل ما روي عن عائشة: لا يصح لأن محمد بن إسماعيل البخاري ذكر في كتاب الصحيح خبر أفلح، ثم روى عن عروة أنه قال وبهذا قالت عائشة حرموا من الرضاعة ما يحرمون من النسب فدل أن يذهب عائشة مثل قولنا، وروي عن عمرة بنت عبد الرحمٰن أن عائشة رضي اللَّه عنها أخبرتها أن النبي ﷺ كان عندها وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة رضي اللَّه عنها قالت عائشة قلت: يا رسول اللَّه هذا رجل يستأذن من بيتك، فقال رسول الله ﷺ: «أراه فلاناً» لعم حفصة من الرضاعة

فقلت: يا رسول اللَّه لو كان فلاناً حياً لعمها من الرضاعة يدخل عليَّ فقال رسول الله ﷺ: «نعم إن الرضاعة تحرم ما تحرم من الولادة».

قال الإمام البيهقي: يشبه أن يكون هذا قبل قصة أفلح أخي أبي القعيس وفي عم آخر لعائشة وإنما لم يكتف به لما في قلبها من مراجعتها إياه أن المرأة هي التي أرضعته دون الرجل حتى ازدادت بياناً واللَّه أعلم.

وروى ابن عباس رضي اللَّه عنه أن النبي ﷺ (ق١٤٨أ) أريد على ابنة حمزة فقال: «إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة» وأن اللَّه حرم من الرضاعة ما حرم من النسب».

وروي مثل ذلك عن أم سلمة رضي اللَّه عنها، فإذا تقرر هذا فحرمة الرضاع تثبت في ثلاثة أعيان من المرضعة وزوجها الذي له اللبن والمرضع، ثم تنتشر الحرمة من كل واحد منهم.

فأما المرضعة فتنتشر الحرمة منها إلى آبائها وأمهاتها وأولادها وإخوتها وأخواتها، وأما الزوج فتنتشر الحرمة إلى آبائه وأمهاته وأولاده وإخوته وأخواته، وأما المرتضع فتنتشر الحرمة إلى أولاده فقط دون إخوته وأخواته وآبائه وأمهاته وإنما كان كذلك لأن تحريم الرضاع تابع لتحريم النسب فتكون المرضعة أماً للمرضع وزوجها آبائه وأباؤهما أباً للمرضع وإخوة الأم أخواله وإخوانها خالاته وإخوة الأب أعمامه وأخواته عماته.

وأما المرضع فإن أولاده أولادهما فيحرمون عليها، وأما آباءه وأمهاته وإخواته فليس بينهما وبينهم ما يوجب التحريم، لأن الرجل يحرم عليه أخت ابنة إلا من جهة أنه دخل بأمه فحسب، وهذا ليس بتحريم النسب وكل موضع قلنا: إنه محرم بالأبوة أو البنوة فامرأته محرمة.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَكُلَّمَا حَرُمَ بِالوِلاَدَةِ وَبِسَبَبِهَا حَرُمَ بِالرَّضَاعِ».

أراد بالسبب الصهارة لأن النكاح سبب الولادة أو الوطء وكلاهما يوجبان حرمة المصاهرة فامرأة ابنه أو أبيه من الرضاع حرام عليه كما في النسب وكذلك أم امرأته أو ابنتها من الرضاعة حرام عليه، وإن لم تكن أرضعت تلك الابنة بلبنه بعدما كان دخل بالمرضعة كما في النسب سواء.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَالرَّضَاعُ اسْمٌ جَامِعٌ يَقَعُ عَلَى المَصَّةِ وَأَكْثَرَ إِلَى كَامِلَ الحَوْلَيْنِ وَعَلَى كُلُّ رِضَاعٍ بَعْدَ الحَوْلَيْنِ».

(١) انظر الأم (٥/ ٤٩).
(٢) انظر الأم (٥/ ٤٩).

الفصل:

الرضاع الذي ينشر الحرمة (ق١٤٨ب) خمس رضعات في الحولين، وبه قالت عائشة، وعبد اللّه بن مسعود، وعبد اللّه بن الزبير، وعطاء، وطاوس، وسعيد بن جبير وإسحاق، وأحمد في رواية رضي اللّه عنهم.

وقال أبو حنيفة: لا يعتبر العدد فيه بل الرضعة الواحدة تنشر الحرمة، وبه قال علي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن عباس، ومالك، والأوزاعي، والثوري، والليث، وسعد رضي اللّه عنهم.

وروي هذا عن أحمد أيضاً. قال الإمام أبو سليمان الخطابي: هذا قول أكثر الفقهاء، وقال جدي الإمام: هو وجه لأصحابنا، وقال ابن أبي ليلى، وأبو ثور وأبو عبيد، وابن المنذر، وداود: الرضاع الذي ينشر الحرمة ثلاث رضعات وهو اختيار بعض مشايخنا.

وروي هذا عن زيد بن ثابت، وقال بعض العلماء: عشر رضعات، واحتج الشافعي عليهم، فقال: والرضاع اسم جامع يقع على المصة وأكثر إلى كمال الحولين، وعلى كل رضاع بعد الحولين فوجب طلب الدلالة في ذلك فقالت عائشة رضي اللّه عنها كان فيما أنزل اللّه تعالى من القرآن عشر رضعات يحرمن ثم نسخن لخمس معلومات يحرمن فتوفي رسول الله ﷺ وهو مما يقرأ من القرآن[1]. فكان لا يدخل عليها إلا من استكمل خمس رضعات وقولها فتوفي رسول الله ﷺ وهن مما يقرأ من القرآن تريد به قرب عهد النسخ من وفاة رسول الله ﷺ حتى صار بعض ما لم يبلغه النسخ يقرأ على الرسم الأول، وفيه دليل على جواز نسخ رسم التلاوة وبقاء الحكم كما نسخت التلاوة في الرحم وبقي حكمه ثم قال الشافعي وهذا كما جاء القرآن يقطع السارق فدل رسول الله ﷺ أنه أراد بعض السارقين دون بعض (ق١٤٩أ) وكذلك قال اللّه تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النُّور: ٢] فدلت سنة رسول الله ﷺ أن المراد بمائة جلدة بعض الزناة دون بعض لا كل من لزمه اسم السرقة والزنى وكذلك بان أن المراد بتحريم الرضاع بعض المرضعين دون بعض.

واحتج أيضاً بما روى ابن الزبير رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الرضعة ولا الرضعتان»[2]، وأراد بالمصة: الجرعةِ يتجرعها وبالرضعة رضعة ثانية تامة في العادة.

قال المزني: قلت للشافعي: أسمع ابن الزبير من النبي ﷺ؟ قال: نعم وحفظ عنه،

(١) أخرجه مسلم (١٤٥٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٤٥٠)، والنسائي (٥٤٥١، ٥٤٥٤)، والترمذي (١١٥٠)، وأحمد (٦/ ٩٦، ٢٤٧)، وابن حبان (٦/ ٢١٤).

وكان يوم سمع من رسول الله ﷺ ابن تسع سنين ولم يقل يوم سمع وإنما كان كذلك لأنه ﷺ، لما قدم المدينة قالت اليهود قد سحرنا محمداً وأصحابه فلا يولد لأحد منهم فيقال: نسلمهم فمكثوا حولاً لا يولد لمسلم ابن فاغتم به المسلمون فولد عبد اللّه بن الزبير على تمام الحول فهو أول ولد ذكر ولد في الإسلام بعد الهجرة فحنكه رسول الله ﷺ لما أتى به وكبر وكبر المسلمون، وقالت أمه يوم قتله الحجاج وكبر أصحابه عليه: المكبرون عليه يوم ولد خير من المكبرين عليه يوم قتل، تعني النبي ﷺ وأصحابه ففرحوا بمولده وأصحاب الحجاج فرحوا بقتله.

واحتج أيضاً بما روى عروة أن النبي ﷺ أمر امرأة أبي حذيفة أن ترضع سالماً خمس رضعات فيحرم بهن، وروت عائشة رضي اللّه عنها قالت: جاءت سهلة بنت سهل بن عمرو إلى رسول الله ﷺ إني أرى من وجه أبي حذيفة من دخول سالم علي قال: أرضعيه قالت: وهو رجل كبير فضحك (ق١٤٩ب) وقال: «ألست أعلم أنه رجل كبير أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها من الرضاعة.

وروى عبد اللّه بن الحارث عن أم الفضل أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: إني تزوجت امرأة ولي امرأة أخرى فزعمت امرأتي الحدثى أنها أرضعت امرأتي الأولى، فقال رسول الله ﷺ: «لا يحرم الإملاجة ولا الإملاجتان» أورده الحاكم أبو عبد اللّه الحافظ.

واحتجوا بما روى علي رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «تحرم الرضعة ما يحرم الحولان» قلنا: لم يصح هذا مسنداً، وإنما هو موقوف على علي رضي اللّه عنه وليس فيه حجة لأن الحولين لا يحرمان.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن حكم الرضاع إنما يثبت إذا كان المرضع صغيراً وهو أن يكون له حولان فما دونه، فأما بعد الحولين لا يثبت حكمه من التحريم، وبه قال عمر، وابن مسعود، وابن عباس، والشعبي، وابن شبرمة، والأوزاعي، ومالك في إحدى الروايات، وأحمد، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد، وروي عن مالك أنه إن زاد على حولين شهراً جاز، وروى شهرين، وروى عنه وهو المشهور ثبت حكمه إذا كان محتاجاً إليه غير مستغنٍ بالطعام عنه وهذا غلط لأنه يختلف باختلاف الصبيان فلا يجوز أن يجعل هذا حداً، وقالت عائشة رضي اللّه عنها: رضاع الكبير يحرم أبداً، وبه قال داود أهل الظاهر، واحتجوا بخبر سهلة بنت سهل.

وروي أنها قالت: إنا كنا نرى سالماً ولداً وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلاً، وقد أنزل اللّه تعالى الحجاب فكيف ترى فيه؟ فقال: «أرضعيه» الخبر وقولها: ويراني فضلاً أي يراني مبتذلة في ثياب مهنتي. وكانت عائشة تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها أن يرضعن (ق١٥٠أ) من أبت عائشة أن يراها ويدخل عليها، وإن كان كبيراً خمس رضعات ثم يدخل عليها وهذا غلط لما روي عن عائشة رضي اللّه عنها أن رسول الله ﷺ دخل عليها وعندها رجل فشق ذلك عليه وتغير وجهه فقالت: يا رسول

اللَّه إنه أخي من الرضاعة فقال: «انظرن من إخوانكن فإن الرضاعة من المجاعة» ومعناه: الرضاعة التي تقع بها الحرمة ما كانت في الصغر والرضيع طفل يقويه اللبن ويسد جوعه.

وروى ابن عباس رضي اللَّه عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين»(١).

وروى علي رضي اللَّه عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ: «لا رضاع بعد فصال»(٢). وقال تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤].

وأما خبر سهلة بنت سهيل قلنا: روينا عن أم سلمة وسائر أزواج النبي ﷺ أنهن قلن لعائشة: واللَّه ما يرى هذا إلا رخصة لسالم دون الناس ولا يدخل عليها أحد بهذه الرضاعة.

ثم روينا عن عمر أنه قال: لا رضاع إلا في الحولين في الصغر، وروي عن ابن عمر رضي اللَّه عنهما قال: «عمدت امرأة من الأنصار إلى جارية لزوجها فأرضعتها فلما جاء زوجها قالت: إن جاريتك هذه قد صارت ابنتك فانطلق الرجل إلى عمر رضي اللَّه عنه فذكر ذلك له فقال له عمر: عزمت عليك لما رجعت فأصبت جاريتك وأوجعت ظهر امرأتك، وروي أنه قال: ارجع إلى امرأتك فأوجعها ضرباً وإلى جاريتك فأوسعها جماعاً، والذي يوضح ما ذكرنا أنها لا تستحق أجرة الرضاع إلا في الحولين، فدل أنه لا يثبت حكم التحريم في الزيادة.

وقد روى ابن مسعود رضي اللَّه عنه أن النبي ﷺ قال: «لا رضاع إلا ما أنشر العظم وأنبت اللحم»(٣) (ق١٥٠ب) ومعنى أنشر العظم بالراشد العظم والانتشار بمعنى الإحياء.

وروي أنشز العظم بالزاي المعجمة ومعناه: زاد في حجمه فنشز، وروى يحيى بن سعيد أن رجلاً قال لأبي موسى الأشعري: إني مصصت من ثدي امرأتي لبناً فذهب في بطني فقال: لا أراه إلا قد حرمت عليك. فقال ابن مسعود: انظر ما يفتي به الرجل فقال أبو موسى: ما تقول أنت؟ قال عبد اللَّه: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين» فقال أبو موسى: لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم(٤).

واحتج الشافعي بقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣] لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل الحولين حداً أو غاية وما جعل غاية فالحكم بعد مضي الغاية خلاف الحكم قبل الغاية لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨] فإذا مضت الأقراء فحكمها بعد مضيها خلاف حكمها فيها.

وقال أبو حنيفة: مدة الرضاع حولان ونصف، وقال زفر: ثلاثة أحوال واحتج أبو

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٧٤).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٤٨٨١)، وفي «معرفة السنن» (٤٤٠٤).
(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٥٩، ٢٠٦٠).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٦٥٣، ١٥٦٥٤).

حنيفة بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ولم يرد بذلك حمل الأحشاء لأنه يكون سنتين، فدل على أنه أراد به الحمل على الأكف وفصاله ثلاثون شهراً، وهي مدة الرضاع، قلنا: المراد به أن ستة أشهر منها أقل مدة الحمل وأربعة وعشرون شهراً مدة الرضاع وهذا تفسير علي رضي اللّٰه عنه، وجماعة الصحابة، ثم قال المزني: وفي ذلك دلالة عندي على نفي الولد لأكثر من سنتين بتأقيت حمله وفصاله ثلاثين شهراً كما نفى توقيت الرضاع لأكثر من حولين، وإنما ذكر هذا لأن مذهب المزني كمذهب أبي حنيفة أكثر مدة الحمل حولان، وظاهر احتجاجه ههنا من الآية أنه لما جعل مدة الحمل والفصال ثلاثون شهراً، ثم مدة الرضاع حولان عند الشافعي فكذا مدة الحمل. (ق١٥١أ) قلنا: هذا لا يصح وكيف يدل التأقيت بثلاثين شهراً بشيئين على أن أكثر مدة كل واحد منهما حولان بل كان من حقه أن يجعل مدة كل واحد منهما حولان بل كان من حقه أن يجعل مدة كل واحد منهما حولان بل كان من حقه أن يجعل مدة كل واحد منهما ثلاثين شهراً إن لم يكن بد ثم يقول له: هذا بيان مدة أكثر الرضاع وأقل مدة الحمل على ما ذكرنا، وقيل: احتجاج المزني به من وجه آخر وهو أن الآية تدل على أن مدة الحمل ستة أشهر فروينا بالإجماع فيه إلى حولين فلا يزيد أكثر من ذلك فإنه لا إجماع فيه، وهذا يسمى استصحاب الحال وقد يسمى القول بأقل ما قيل، وقد يسمى تخصيص القياس، وقد يسمى تخصيص دليل الإجماع.

فرع:

لو خرج نصف الولد ثم بعد مدة خرج الباقي فابتدأ الحولين في الرضاع عند ابتداء خروجه.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلاَ يُحَرِّمُ مِنَ الرِّضَاعِ إِلَّا خَمْسُ رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ كُلُّهُنَّ فِي الحَوْلَيْنِ».

الفصل:

قد ذكرنا أن من شرط ثبوت تحريم الرضاع العدة ثم من شرطه أن تكون متفرقة فيرضع ثم يقطع، ثم يعود، ثم يقطع وعلى هذا إلى أن يتم.

وقال أصحابنا: المرجع في كيفية الرضعات إلى العرف والعادة فإنه ليس في الكتاب ولا في السنة ما يدل عليه فكان المرجع فيه إلى العرف والعادة في أكل البالغ، فإن رضاع الصغير بمنزلة أكل الكبير كما يعد في العرف أكلة واحدة، فهو رضعة واحدة وما يعد في العرف أكلتين فهو رضعتان، فإذا حلف لا يأكل في اليوم إلا أكلة واحدة، فقعد يأكل بالازدراد والتنفس والاستراحة، ثم يعود إليه فهي أكلة واحدة، ولو بقي طول يومه ولا

(١) انظر الأم (٥/ ٥٢).

يحنث في يمينه ولو قطعه لغير ذلك واشتغل بغيره حتى قطعه قطعاً بيناً، ثم عاد إليه كانت أكلتين وحنث في يمينه، وإن كان أكل (ق١٥١ب) قليلاً فكذلك الصبي إذا ارتضع ثم قطعه ليتنفس أو ازدراد أو استراحةٍ أو لعب، ثم عاد إليه كأن كله رضعة واحدة، وإن قطعه قطعاً بيناً، واستغل عنه، ثم عاد إليه كانت رضعتين، وإن التقم الثدي، فأنفذ ما فيها، ثم انتقل إلى الثدي الآخر كانت رضعة كما إذا انتقل الأكل من غضارة إلى غضارة تكون أكلة واحدة.

فإذا تقرر هذا فكل ما جعلناه قطعاً لا فرق بين أن يقطع الصبي أو تقطع المرضعة فإن قيل: أليس قلتم لو حلف لا يأكل في اليوم إلا أكلة واحدة، فأكرهه إنسان شيئاً قطعه، ثم عاد فهل يحنث؟ قولان فقولوا: ههنا مثله؛ لأنه قطع الأم إكراه للصبي على قطعه.

قلنا: الفرق بينهما أن الرضاع يتعلق بالمرضعة والمرضع فاعتبر قطع كل واحد منهما وليس كذلك للأكل فإنه لا يتعلق بالمكره بوجهٍ من الوجوه فلم يعتبر اختياره للقطع وإنما اعتبار اختيار الأكل للقطع.

ومن أصحابنا من قال: لا اعتبار بقطعها وإنما الاعتبار بقطع الولد، ألا ترى أن المرأة لو كانت قائمة فارتضع الصبي من ثديها، وهي لا تحس به وقع التحريم، فدل أن المغلب فعل الرضع والأول أصح.

فرع:

لو ارتضع من امرأتين من كل واحدة منهما أربع رضعات، ثم مصّ ثدي إحداهما مصة واحدة، ثم انتقل إلى ثدي المرأة الأخرى فمصّ منها وقطع فيه وجهان؛ لأنه قد حرم على كل واحدة منهما وكملت له واحدة منهما خمس رضعات وهو الصحيح؛ لأنه ترك الارتضاع منها باختياره ولم يعد إليها فأشبه إذا تركه بغير رضاع؛ ولأن ارتضاعه من إحدى المرأتين لا يبني على ارتضاعه من الأخرى فانتقاله من ثدي امرأة إلى ثدي امرأة أخرى قطع له. والثاني لا تحرم على واحدة منهما؛ لأن انتقاله من ثدي إلى ثدي ليس (ق١٥٢أ) بقطع كما إذا انتقل من إحدى الثديين إلى الأخرى وهكذا لو شرب منها دفعةً واحدة وأوجر الصبي دفعة واحدة ففيه هذان الوجهان.

فرع آخر:

لو ارتضع أربع رضعات في الحولين، ثم التقم الثدي منها حتى وصل اللبن إلى الجوف وانقضى الحولان وهو عضها ثم قطعها، فقد جعل نصف الرضعة في الحولين فهل يحرم وجهان والصحيح التحريم.

وقال بعض أصحابنا: إذا حال الحول الثاني قبل انتهاء الرضعة الخامسة لا تثبت؛ لأن الرضاع ما كمل في مدة الحولين، وحكاه عن الأم ذكره المحاملي في المجموع وفيه نظر.

فرع آخر:

لو حكم الحاكم بالتحريم برضعة لا ينقض حقه، وقال الاصطخري: ينقض حكمه لأنه خلاف النص الذي ذكرنا.

فرع آخر:

لو تقيأ جميع ما شرب قال جدي الإمام: فيه وجهان. وقيل فيه وجه واحد أنه يثبت التحريم وهو الأصح لأنه يبقى شيء، وإن قل ولأن الاعتبار لوصوله إلى جوفه، وقد وصل، وقيل: إن تقيأ في الحال من غير تغير في اللبن لا يحرم وإلا حرم وهو ضعيف.

فرع آخر:

لو شكت في الرضعة الخامسة هل أوقعتها في الحولين لم يجرؤ، وفيه وجه آخر يحرم بناء على الصغر، ذكره الضميري.

مسألة:

قَالَ(١): «وَالوُجُوهُ كَالرَّضَاعِ وَكَذَلِكَ السُّعُوطُ».

الوجود أن يصب في حلق الصغير لبن يفصل على جوفه والسعوط أن يفطر في الفقه حتى يحصل إلى دماغه وأيهما كان فهو كالرضاع سواء، لأن خوف الرأس يغذي بما يصل إليه فأشبه جوف البدن وكذلك لو طرح في الأذن لبناً حتى يوصل إلى جوف الرأس حرم، وقيل في السعوط قولان وليس بشيء. وقال داود وعطاء، وأحمد في رواية: لا يتعلق التحريم إلا بالارتضاع من الشدي لأن اللَّه تعالى قال: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النِّسَاء: ٢٣] (ق١٥٢ب) ولم يوجد ههنا، وهذا غلط لأن النبي ﷺ قال: «الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم» وهذا يوجد ههنا، وكذلك اللدود يوقع الجرب وهو أن يصب في أحد شفي الفم. فإذا تقرر هذا لو ارتضع الصبي مرة وأوجر مرتين وسعط مرتين ثبت التحريم.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يثبت التحريم بالسعوط وسلم في الوجود أنه يثبت التحريم.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ حُقِنَ بِهِ كَانَ فِيْهَا قَوْلاَنِ».

إذا حقن الصبي باللبن هل تثبت الحرمة فيه قولان منصوصان:

أحدهما: قاله في القديم يثبت الحرمة، وبه قال محمد بن الحسن والمزني ووجهه

(١) انظر الأم (٥/ ٥٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٥٣).

أنه يفطر الصائم فأشبه السعوط.

والثاني: وقاله في الجديد لا يثبت الحرمة وهو الأصح، وبه قال أبو حنيفة ووجهه أنه لا يقع عليها اسم الرضاع ولا يوجود فيها معنى الرضاع لأنه لا يغذي وإنما يراد لاستجرار الداء وحل ما انعقد في الجوف فلم يثبت به الحرمة.

وأما الإفطار بوصول الواصل إلى الجوف، وقد حصل ذلك ولهذا يثبت بالرضعة الواحدة بخلاف هذا فافترقا.

فرع:

لو كانت به جراحة نافذة إلى محل النظر فداواه بلبن أمه لا تثبت الحرمة وقيل: فيه قولان كالحقنة.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَأَدْخلَ الشَّافِعِيُّ عَلَى مَنْ قَالَ إِنْ كَانَ مَا خُلِطَ بِاللَّبَنِ أَغْلَبَ لَمْ يَحْرُمْ، وَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ أَغْلَبُ حَرُمَ».

الفصل:

كل لبن ينتشر الحرمة إذا وصل إلى جوف الصبي بعذره وقعت الحرمة سواء كان مشوباً بغيره أو كان خالصاً وسواء كان مشوبة بالحرام مثل الخمر أو بالحلال وسواء كان بالدواء أو بغيره، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: إن خلط بجامد لا تقع الحرمة سواء كان اللبن غالباً أو مغلوباً وإن خلط بمائع فإن كان اللبن غالباً تقع الحرمة، وإن كان مغلوباً لا يقع (ق١٥٣أ)، وقال أبو يوسف، ومحمد: لا فرق بين الجامد والمائع فيعتبر الغالب فيهما.

وقال مالك، والمزني وقيل هذا أحد القولين لنا وليس بشيء، واحتج الشافعي عليهم بأنه لو وقع الحرام في الطعام يحرم ذلك الطعام، وإن كان مستهلكاً فكذلك يحرم ههنا، وإن كان مستهلكاً ولأنه وصل اللبن المحرم إلى جوفه يعدده في وقته فوجب أن يحرم كما لو كان اللبن غالباً.

فإذا تقرر هذا فلو دفعت نقطة لبن في شربة ماء فشرب الماء كله لخمس دفعات ثبتت الحرمة ولذلك لو وقعت القطرة في حب من ماء فشرب كله، وإن شرب البعض قال صاحب الإفصاح: احتمل وجهين:

أحدهما: لا يحرم حتى يبقى أقل من قدر اللبن لأنا لسنا على يقين من شرابه وهو اختيار ابن سريج.

(١) انظر الأم (٥/ ٥٤).

والثاني: يحرم، لأن الغالب أنه فيه جزءاً منه، وهو اختيار القاضي الطبري والصيمري لأن الكل إذا شرب حرم بلا خلاف بين أصحابنا ونحن لا نتيقن وصول اللبن في كل شربة وإنما يرجع فيه إلى الظاهر، فإذا حكمنا بوصول اللبن في كل شربة لأن الظاهر أنه جزء منه حصل فيها فكذلك البعض ولا فرق بينهما.

وقال صاحب الحاوي(١): الصحيح أنه لا يحرم، لأن التحريم لا يثبت بالشك، وإنما يحرم إذا علم اختلاط اللبن تجميعه كأوقية من لبن مزجت بأوقيتين من ماء، ثم شرب بعضها خمس مرات، وهذا أصح عندي.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو وقع قليل اللبن في قلتين من الماء فشرب الكل هل يثبت الحرمة وجهان:

أحدهما: ثبتت لأنا تيقنا أن اللبن فيه.

والثاني: لا تثبت لأنه صار مستهلكاً فيه كما تستهلك النجاسة وهذا ليس بشيء.

مسألة:

قَالَ(٢): «وَلَوْ جُبِّنَ اللَّبَنُ فَأَطْعَمَهُ كَانَ كَالرَّضَاعِ».

إذا طبخ اللبن أو غلاه (ق١٥٣ب) أو اتخذ منه الجبن أو المصل، ثم أطعمه، فتقع به الحرمة وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا تقع الحرمة إلا باللبن الخالص وربما يسلمون اللبن المغلي الخالص، وإنما قلنا ذلك لأنه وصل عين المص إلى جوفه فلا فرق بين أن يكون مائعاً أو جامداً.

مسألة:

قَالَ(٣): «وَلاَ يُحْرِمُ لَبَنُ البَهِيمَةِ إِنَّمَا يُحْرِمُ لَبَنُ الآدَمِيَّاتِ».

إذا ارتضع صبي وصبية من شاة أو بقرة خمس مرات لا يثبت بينهما حرمة الرضاع ولا يصيران أخوين ويحل للصبي أن يتزوج بالصبية، وقال عطاء: يصيران أخوين ولا يحل النكاح بينهما.

ويحكى هذا عن مالك ولا يصح عنه، وهذا غلط لأن حرمة الأخوة فرع لحرمة الأمومة فكيف تثبت حرمة غيرها.

مسألة:

قَالَ(٤): «وَلَوْ حُلِبَ مِنْهَا رَضْعَةٌ خَامِسَةٌ، ثُمَّ مَاتَتْ فَأَوْجَرَهُ صَبِيٌّ كَانَ ابْنَهَا».

الصبي إذا ارتضع من امرأة أربع رضعات، ثم حلبت لبناً في إناءٍ وماتت ثم شربه

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٧٤).
(٢) انظر الأم (٥/ ٥٤).
(٣) انظر الأم (٥/ ٥٤).
(٤) انظر الأم (٥/ ٥٤).

الصبي بعد موتها ثبتت الحرمة وهكذا لو حلب خمس دفعات في خمس أوانٍ وماتت ثم تناوله الصبي بعد موتها من خمس مرات ثبتت الحرمة أيضاً لأنه لبن انفصل منها وهو حلال في حال حياتها واتصل بجوف الصبي في حال حياته فلا يؤثر موتها فيه.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ رَضَعَ مِنْهَا بَعْدَ مَوْتِهَا لَمْ يَحْرُمْ».

إذا ماتت المرأة سقطت حرمة لبنها، فإن ارتضع صبي منه لم يحرم وعلل الشافعي فقال: «لأَنَّهُ لاَ يَحِلُّ لَبَنُ المَيِّتَةِ».

وتحريره أنه لبن حرام قبل انفصاله فلم تثبت به الحرمة كاللبن الذي ينفصل من الرجل لما كان محرماً قبل انفصاله لم تثبت الحرمة ولأن حرمته صعقت بموت الأصل وذهاب حرمتها ألا ترى أن حرمة أعضائها سقطت حتى لا يجب الضمان (ق١٥٤أ) بقطع أعضائها وأيضاً لو اتصل اللبن بجوف الصبي بعد موته لم يتعلق به الحرمة فكذلك إذا انفصل منها بعد موتها ثم اتصل بالصبي لم يتعلق به الحرمة.

وقال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي، وأحمد: لبن الميتة يثبت الحرمة لأن اللبن لا يحله الموت.

وحكي عن الكرابيسي من أصحابنا أنه قال: تثبت الحرمة بلبن الرجل كما تثبت بلبن المرأة وهذا خطأ؛ لأن لبنه لم يجعل غذاء المولود فلا يثبت التحريم كلبن البهيمة وقد قال الشافعي في «البويطي»: ولا أرى ينزل من الرجل لبن، فإن نزل وارتضع به صبية كرهت له أن يتزوج بها، فإن تزوج بها لم أفسخ النكاح.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ حُلِبَ مِنْ امْرَأَةٍ لَبَنٌ كَثِيرٌ، فَفُرِّقَ ثُمَّ أُوجِرَ مِنْهُ صَبِيٌّ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةً لَمْ يَكُنْ إِلَّا رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ وَلَيْسَ كَاللَّبَنِ يَحْدُثُ فِي الثَّدْيِ كُلَّمَا خَرَجَ مِنْهُ شِيْءٌ حَدَثَ غَيْرُهُ».

في هذا الفصل أربع مسائل:

إحداها: أن المرأة حلبت اللبن خمس دفعات متفرقات في خمس أواني وسقي الصبي خمس دفعات ثبتت الحرمة؛ لأن الوجود كالرضاع في التحريم.

والثانية: أن يحلب المرأة لبناً كبيراً دفعة واحدة، ثم فرقت في خمس أواني ثم أوجر الصبي في خمس دفعات نقل الربيع والمزني أنها رضعة واحدة، ثم قال الربيع: وفيه قول آخر إنها خمس رضعات، قال أبو إسحاق: لا يعرف هذا للشافعي غير أن الربيع ثقة لا ينقل إلا ما سمعه منه فالمسألة على قولين:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٥٥).
(٢) انظر الأم (٥/ ٥٥).

أحدهما: أنها خمس رضعات اعتباراً بعدد وصوله إلى جوفه.

والثاني: أنها رضعة واحدة اعتباراً بانفصاله عنها دفعة واحدة، ومن أصحابنا من قال قول واحد إنها رضعة واحدة، ونص عليه في «الأم» وهو ظاهر المذهب وما قال الربيع تخريج لا يعرف للشافعي، ذكره القاضي أبو حامد وليس الإناء كالثدي ترضع الصبي من خمس مرات إلا أن (ق١٥٤ب) هناك كلما وضع حدث آخر وههنا لم يحدث بل كان مجموعاً في الإناء.

والثالثة: أن يحلب منه في خمس دفعات، ثم يسقى الصبي دفعة واحدة، اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هذه المسألة والتي قبلها سواء هل يكون رضعة أو خمس رضعات قولان.

ومن أصحابنا من قال: ههنا تكون رضعة واحدة قولاً واحداً، وإن قلنا هناك قولين لأن جنبته أقوى، فإن لم يتفرق في حسه كانت رضعة واحدة تحصل من هذا أن أصحابنا اختلفوا في المسألتين على ثلاثة طرق:

إحداها: لا يختلف المذهب في المسألتين أنها رضعة واحدة ولا يقبل تخريج...

والثانية: في المسألتين قولان، وبه قال صاحب الإفصاح.

والثالثة: إذا حلب منها خمس دفعات وسقي الصبي دفعة واحدة فهي رضعة واحدة قولاً واحداً، ولو حلب منها دفعة وسقي الصبي خمس دفعات فيه قولان.

والرابعة: أن يحلب منها خمس دفعات، ثم جمع كله في إناء، ثم سقى الصبي خمس دفعات.

قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة: يكون ذلك خمس رضعات لأن التفريق قد وجد في الطرفين وهو الصحيح.

ومن أصحابنا من قال: تكون رضعة واحدة لأنه قد بطل التفريق بالجمع وصار كالمحلوب دفعة واحدة، ولو حلبت امرأة في قدح، ثم حلبت امرأة أخرى في ذلك القدح فاجتمعت الحلبتان فشربهما المولود دفعة واحدة حصل له من كل واحدة رضعة، فإذا تكرر هذا خمس مرات فهو ابن كل واحدة منهما قولاً واحداً.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ تَزَوَّجَ صَغِيرَةً، ثُمَّ أَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ ابْنَتُهُ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ».

الفصل:

الكلام ههنا في ثلاثة فصول:

(١) انظر الأم (٥/ ٥٥).

أحدها: فيمن يزول نكاحه برضاعه (ق١٥٥أ).

والثاني: فيما يجب للزوجة بزوال النكاح على زوجها.

والثالث: فيما يجب للزوج على المرضعة.

أما الأولى فالأصل فيه أنه كل من يحرم عليه نكاح ابنتها، فإذا أرضعتها انفسخ نكاحها بيان ذلك أنه إن أرضعتها ابنته نظر، فإن كان بلبن ابنه فهي أخته لأبيه وأمه، وإن كان بغير لبن أبيه فهي أخته لأمه، وإن أرضعتها جدته فهي خالته، وإن كانت جدته أم أبيه فهي عمته، وإن أرضعتها بنته فهي بنت بنته وإن أرضعتها امرأة أخته، فإن كان بلبن أخيه فهو عمها، وإن كان بغير لبن أخيه صارت ربيبة أخيه، وإن أرضعتها امرأة أبيه، فإن كان بلبن أبيه فهي أخته لأبيه، وإن كان بغير لبن أبيه صارت ربيبة أبيه والنكاح لحاله لأن له أن يتزوج بربيبة أبيه، وإن أرضعتها امرأة ولده، فإن كان بلبن ولدة فهي بنت ولده وهو جدها، وإن كان بغير لبن ولده فيه ربيبة ولده والنكاح لحاله لأن له أن يتزوج بربيبة ولده، هذا كله إذا كانت المرضعة من نسب وهكذا إذا كانت المرضعة محرماً له من رضاع مثل إن ارتضعها أمه أو جدته أم أمه أو جدته أم أبيه أو ابنته أو أخته أو امرأة أخيه أو امرأة أبيه، أو امرأة ابنه من رضاع واحد لقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» والأصل في هذا التحريم المؤبد إذا منع الابتداء منع الاستدامة كما لو وطء بانته زوجته بشبهة انفسخ النكاح وحرمت عليه زوجته على التأبيد.

فأما إذا كانت المرضعة ممن لا يحرم عليه نكاح ابنتها فهو على جزءين:

إحداهما: ما لا يؤثر في النكاح.

والثاني: (ق١٥٥ب) ما يؤثر فيه فأما ما لا يؤثر فيه، فإن أرضعتها عمته فهي بنت عمته، وإن أرضعتها امرأة عمه بلبنه فهي بنت عمه، وإن أرضعتها امرأة خاله بلبنه فهي بنت خاله، والنكاح لحاله لأن له أن يستأنف النكاح عليها.

وأما ما يؤثر في النكاح مثل إن كان له زوجتان صغيرة وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة هذه الصغيرة انفسخ نكاحهما لأنه صار جامعاً بين أختين وهذا كثير نشرحها في مواضعها.

وأما الفصل الثاني وهو فيما يجب للزوجة بزوال النكاح على زوجها، فإن لم يكن للمرضعة فيها صنع مثل إن دبت الصغيرة إليها وهي نائمة فارتضعت منها سقط كل مهرها، لأن النسخ جاء من قبلها قبل الدخول ويرجع الزوج في مال الصغيرة بما يعزم الكبيرة من مهر المثل بعد الدخول أو نصف مهر المثل قبل الدخول لأنها هي المتلفة، وفي الإتلاف يستوي الصغيرة والكبيرة، فإن كان لها مال يستوفى منه، وإلا فحتى يؤسر فإن للمرضعة فيها صنع مثل إن أرضعتها، أو مكنتها فارتضعت منها كان للصغيرة المرتضعة على زوجها نصف المهر، لأن النكاح زال قبل الدخول لا من قبلها فكان لها نصف المهر كما لو طلقها قبل الدخول ثم ينظر فيه فإن كان المسمى لها مثل مهر مثلها أو أكثر فلها نصف

المسمى، وإن كان المسمى دون مهر مثلها فلها نصف مهر مثلها لأنه إذا زوج ابنته الصغيرة بدون مهر مثلها وجب لها مهر المثل.

وأما الفصل الثالث: وهو فيما يجب للزوج على المرضعة والكلام فيه في ثلاثة فصول في الضمان، وفي قدره، وفي كيفية.

فأما الضمان فعلى المرضعة الضمان للزوج سواء قصدت فسخ النكاح أم لم تقصد (ق١٥٦أ) وسواء لزمها ذلك بأن لم يوجد غيرها يرضعه أو وجد غيرها وبه قال أحمد، وقال الشيخ أبو حامد: يمكن أن يقال عنها وجبت ذلك عليها شرعاً لا تضمن، وقد تفرد بهذا القول من أصحابنا.

وقال مالك: لا شيء على المرضعة، واحتج بأن إتلاف .... لا يوجب الضمان للزوج كما لو قبل زوجته.

وقال أبو حنيفة: إن قصدت إفساد النكاح ههنا يجب بالسبب، فإذا كان السبب جائزاً لا يتعلق به الضمان كما لو حفر بئراً ملكه، وهذا غلط لأنه حق الآدمي يضمن مع العمد والقصد فيضمن دونه كالمال والدليل على مالك أن البضع يضمن للزوج بالعقد في الخلع فيضمن بالإتلاف عليه كالمال، وأما إذا قتلها فقد ضمن نفسها فسقط حكم أطرافها بخلاف مسألتنا، وأما حفر البئر في ملكه فتصرف في ملكه فلا يتعلق به الضمان خلاف مسألتنا.

وأما قدر الضمان، قال ههنا يرجع على المرضعة بنصف مهر مثلها، وقال في كتاب الشهادات، لو شهد شاهدان على رجل بالطلاق الثلاث فحكم بالفرقة، ثم رجع الشاهدان عن الشهادة، فإن كان بعد الدخول وجب على الزوج للمرأة جميع المسمى ويرجع الزوج على الشاهدين بجميع مهر المثل، وإن كان قبل الدخول رجع بنصف المسمى في رواية المزني وبنصف مهر المثل في رواية الربيع ففيه قولان.

واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: لا فصل بين المرضعة والشهود ففي كلا المسألتين قولان، ذكره الاصطخري ومنهم من قال وهو الأصح واختيار أبي إسحاق وغيره: المسألتان على ظاهرهما والفرق (ق١٥٦ب) بينهما أن الفرقة وقعت بالرضاع ظاهراً وباطناً فلم يرجع إلا بالنصف، وفي الشاهدين هما مقران بأن الفرقة لم يقع وإن ملكه ثابت في جميع البضع وأنهما حالا بينه وبينهما بشهادتهما فلزم جميع مهر مثلها.

ومن أصحابنا من فصل في الشهود فقال: لو شهدوا ثم رجعوا قبل تسليم المهر يغرمون نصف مهر المثل لأنه يغرم للمرأة إلا نصف المسمى، وإن رجعوا بعد تسليم المهر غرموا جميع مهر المثل لأنه لا يمكنه استرداد شيء، فإن الطلاق لم يقع بزعمه، ذكره القفال، فإن قيل هذه المرضعة أتلفت جميع رضعها عليه فهلا أوجبتم عليها مهر مثلها قبل الفرقة إذا وقعت قبل الدخول جعل في الشريعة كأنه لم يملك إلا نصف المعقود عليه بدليل أنه لا يلزمه إلا نصف المسمى في العقد فإذا كان كذلك لم تتلف المرضعة عليه إلا

نصف البضع فيلزمها قيمة نصفه لهذا المعنى، وقال أبو حنيفة، وأحمد: يرجع على المرضعة بنصف المسمى لأنه غرم هذا القدر، وهذا غلط لأنها تغرم بالإتلاف فغرمت نصف مهر المثل، وهو يغرم لها ما وجب بالعقد فيقدر المسمى.

فإذا تقرر هذا فإن كان المسمى وفق مهر المثل رجع بنصفه، وإن كان المسمى أكثر مثل إن كان المسمى الفين ومهر المثل ألفاً رجع بنصف مهر المثل وهو خمس مائة لأنه قد حابى بالزيادة فلا يرجع بما حابى به، وإن كان مهر المثل أكثر رجع به أيضاً. وأما كيفية الضمان فقد مضى ذكره في أثناء الكلام في قدر الضمان، فإذا ثبت هذا فرع ابن الحداد على هذا، فقال: لو أن صغيرة تحت رجل لم يكن يسمى مهراً فأرضعتها امرأة إرضاعاً فسد به نكاحها لها المتعة على زوجها ويرجع الزوج على المرضعة بتلك النفقة.

قال أصحابنا: غلط ابن الحداد فيه من وجهين (ق١٥٧أ).

أحدهما: أنه جعل له الرجوع بما غرم وهو قول أبي حنيفة أن الزوج يرجع بما يغرم فأما عندنا الرجوع يكون بقيمة البضع.

والثاني: أنه لا يصح التفريق في حق الصغيرة فإنها إذا زوجت مفوضة بطل النكاح في أحد القولين، وفي القول الثاني يصح ويجب لها مهر المثل وينتصف ذلك بالطلاق أو بما هو في معنى الطلاق فلا تجب المتعة إلا أن تكون أمة صغيرة زوجها سيدها بلا مهر فيصح التفويض فيها لأن المهر حق للسيد وتجب لها المتعة حينئذٍ.

وقال بعض أصحابنا: غلط ابن الحداد من وجه آخر وهو أن المتعة تكون في الطلاق وههنا فسخ لا بفعل الزوج، قلنا: هذا ليس بغلط لأنه لما وجد ههنا من يغرم الزوج يقوم بضعها على الزوج وجعل كأنه طلق فيجب نصف الصداق حتى لو دبت الصبية إلى نائمة فشربت من لبنها ففسد النكاح لا شيء لها من مهر ولا متعة لأنه غرم على المرأة التي أرضعت الصغيرة منها.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةٌ لَهُ كَبِيرةٌ لَمْ يُصِبْهَا فَسَدَ النِّكَاح».

الفصل:

إذا كان له امرأتان صغيرة وكبيرة، والصغيرة لها دون الحولين والكبيرة لها لبن من غيره فأرضعت الكبيرة الصغيرة، فالكلام ههنا في ثلاثة فصول في فسخ النكاح والتحريم والضمان.

أما النكاح فإنه ينفسخ نكاحهما معاً لأنه صار جامعاً بين أم وابنتها.

وأما التحريم فقد حرمت الكبيرة على التأبيد لأنها من أمهات النساء.

(١) انظر الأم (٥/ ٥٥).

وأما الصغيرة فإنها معتبرة بالكبيرة، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد لأنها بنت من قد دخل بها، وإن لم يكن قد دخل بالكبيرة لم تحرم الصغيرة على التأبيد بل يحل له أن يزوج بها لأنه لم يدخل بأمها وهذا مما يمنع الاستدامة دون الابتداء لأنه في الاستدامة جمع بينهما.

وأما الضمان (ق١٥٧ب) فاللصغيرة عليه نصف المسمى ويرجع على التي أرضعتها وبماذا يرجع على ما ذكرنا من الطريق.

وأما الكبيرة فلا مهر لها ولا متعة إن كان قبل الدخول لأنها هي المفسدة لنكاحها وإن كانت مدخولاً بها فقد استحقت جميع مهرها المسمى ولا يجوز أن يرجع الزوج عليها بمهرها لأنها تصير في معنى المرهونة، ولهذا لو ارتدت بعد الدخول لا يرجع الزوج عليها بشيء.

وقال ابن أبي أحمد في المفتاح: هل يرجع عليها بمهر مثلها بعدما غرم لها مهرها المسمى قولان، وهذا غريب لم يذكره غيره، وقال في «الحاوي»[1]: إذا اشتركا فيه فهو على ضربين:

أحدهما: أن يتميزا في الشركة.

والثاني: أن لا يتميزا مثل إن ابتدأ الصغيرة في كل رضعة بالتقام ثديها وتمكنها الكبيرة [من شربه] ولا تفرغ ثديها من فمها ففيه وجهان محتملان:

أحدهما: يغلب فعل الكبيرة؛ لأن الصغيرة تبع لها فيجب للصغيرة نصف مهرها المسمى.

والثاني: يكونان في التحريم سواء لأن البلوغ في هذا الفعل غير معتبر فعلى هذا التحريم من فعلها فيسقط من نصف المهر ما قابل فعلها وهو نصف النصف ويبقى نصفه وهو الربع على الزوج، وإن كان متميزاً مثل أن تنفرد الكبيرة بإرضاعها بعض الرضعات الخمس وتنفرد الصغيرة بالارتضاع في الباقي فيه وجهان محتملان:

أحدهما: يغلب فيه حكم من تفرد بالرضعة الخامسة لأن بها يقع التحريم.

والثاني: يتقسط على أعداد الرضعات لأن الخامسة لم تحرم إلا بما تقدمها فعلى هذا إن كانت الصغيرة انفردت برضعة والكبيرة بأربع سقط من نصف مهر الصغيرة خمسة وبقي لها أربعة أخماس النصف من مهرها وعلى هذا فقس.

فرع:

لو حلب منها أجنبي، ثم أوجر في حلق الصبي يجب على الأجنبي الغرم. (ق١٥٨أ)

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٨٠).

فرع آخر:

لو حلبت الكبيرة لبنها في إناء فجاء أجنبي وأوجر الصغيرة بطل نكاحها ويجب لها المهر ويرجع بالمهرين على الموجر، لأن الحلب سبب والإيجار مباشرة فكان الحكم للمباشرة في الضمان.

فرع آخر:

إذا خوف كبيرة حتى أرضعت ضرتها الطفلة حرمت والغرامة عليها في أصح الوجهين، والوجه الثاني يلزم الغرامة على المخوف.

فرع آخر:

لو حلبت لبنها في إناء وأمرت أجنبياً يسقيها منه فالغرم عليها.

فرع آخر:

لو تقاطر من لبن الزوج في حلقها بحيث لا يمكنها رد اللبن من الحلق ينفسخ النكاح وتحرم وهي مؤبدة ولا يسقط مهرها ولا يجب الغرم للزوج على أحد.

فرع آخر:

قد ذكرنا أنه يبطل نكاحهما، وقال ابن أبي ذئب: لا ينفسخ النكاح برضاع الصغيرة أصلاً، وروي عن مالك أنه إذ لم يكن دخل بالكبرى بطل نكاحها وثبت نكاح الصغيرة، وقال الأوزاعي: إذا لم يدخل بالكبرى ثبت نكاحها وبطل نكاح الصغيرة وهذا كله غلط لما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ تَزَوَّجَ ثَلاَثاً صِغَاراً فَأَرْضَعَتِ امْرَأَتِهِ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ الرَّضْعَةَ الخَامِسَةَ مَعاً فَسَدَ نِكَاحُ الأُمِّ وَنِكَاحُ الصَّبِيَّيْنِ مَعاً».

الفصل:

إذا كان له أربع زوجات ثلاث صغائر لهن دون الحولين وكبيرة فيها لبن من غيره فأرضعت الكبيرة الصغائر فيها ثلاث مسائل:

إحداها: أرضعت الصغيرتين معاً الرضعة الخامسة ولم تسبق إحداهما الأخرى وهذا يتصور في موضعين أحدهما أعطت كل واحدة منهما الثدي في زمان واحد وقطعتا معاً.

والثاني: حلبت في وقتين ولكن كان الشرب منهما في زمان واحدٍ فهذه مبنية على

---

(١) انظر الأم (٥/ ٥٥).

التي قبلها والكلام فيها في ثلاثة فصول في فسخ النكاح، والتحريم، والمهر.

أما الفسخ: فإن نكاح الكبيرة (ق١٥٨ب) والصغيرتين ينفسخ لأنه صار جامعاً بين أختين وبين كل واحدة وأمها.

وأما التحريم فالأم تحرم على التأييد لأنها من أمهات النساء، وأما الصغيرتان فإن كان قد دخل بالكبيرة فقد حرمنا عليه على التأييد، وإن لم يكن دخل بها كان التحريم تحرم جمع وله أن يستأنف النكاح على كل واحدة منهما على الانفراد.

وأما المهر فلكل واحدة من الصغيرتين عليه نصف المسمى والرجوع على الكبيرة على ما ذكرنا وأما الأم، فإن كان قد دخل بها لم يسقط مهرها، ولا يرجع عليها بشيء، فإذا رضعت هذه الكبيرة الثالثة الباقية من زوجاته نظر، فإن كان قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاحها وحرمت على التأييد والحكم في المهر على ما ذكرنا، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فنكاحها بحاله لأنه دخل بها وهو جامع بينها وبين أمها؛ لأن نكاح الكبيرة قد زال.

المسألة الثانية: أرضعت إحداهن الرضعة الخامسة ثم الأخرتين الرضعة الخامسة معاً حرمت عليه الكبيرة والتي أرضعتها أولاً لأنهما صارتا أماً وابنة في وقت معاً وحرمت الأخرتان لأنهما صارتا أختين في وقت معاً ليست إحداهما بأولى من الأخرى وله أن يتزوج بكل واحدة منهما على الانفراد إلا أن يكون قد دخل بالمرأة الكبيرة فيحرمن جميعاً على التأبيد، أما الكبيرة فلأنها أم نسائه، وأما الصغائر فلأنهن بنات امرأته المدخول بها.

المسألة الثالثة: أرضعت منهن واحدة بعد واحدة فإذا أرضعت الأولى الخامسة انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة والحكم في المهر والتحريم على ما مضى، فإن أرضعت الثانية للرضعة الخامسة، فإن كان قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاح الثانية، وإن لم يكن دخل فنكاح الثانية بحاله لأنها ربيبته من لم يدخل بها، فإذا أرضعت الثالثة الرضعة الخامسة والثانية زوجته (ق١٥٩أ) صارت الثالثة أخت الثانية، ومن التي ينفسخ النكاح منهما.

نقل المزني عن الجديد أنه قال: ينفسخ نكاح الثالثة دون الثانية، ونقل عن القديم أنه قال: ينفسخ نكاحهما.

قال القاضي الطبري: رأيت في الأم في كتاب الرضاع أنه قال: ينفسخ نكاح الثانية وحدها دون الثالثة، ثم قال: وفيها قول آخر، وذكر القول الثاني وجه القول الأول أن التحريم والجمع إنما حصل في نكاح الثانية فوجب أن ينفسخ نكاحها دون الأول كما لو كان متزوجاً بامرأة، ثم تزوج عليها أختها.

ووجه القول الثاني وهو الأصح وهو قول أبي حنيفة، وأحمد واختيار المزني أنهما صارتا أختين فانفسخ نكاحها كما لو أرضعتهما دفعةً واحدةً وأيضاً لو تزوج رجل بامرأتين إحداهما صغيرة فجاءت أم الكبيرة وأرضعت الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما جميعاً، وإن كانت بنوة بينهما سابقة لبنوة الصغيرة والمرضعة فكذلك ههنا، لأنه لا فرق بين أن يسبق بنوة إحداهما بالولادة أو يسبق بنوة أحدهما بالرضاع.

قال القاضي الطبري: وطلبت هذه المسألة في كتاب الرضاع الجديد فلم أجدها، فإن لم يوجد نصاً يجب أن يكون الجواب فيهما واحداً، ولا يمكن الفرق بينهما بوجه. وقال بعض أصحابنا بعدما ذكر هذه المسألة فيها قول واحد أن ينفسخ نكاحهما جميعاً لأن تحريم النسب أقوى.

واحتج المزني أنه إذا كانت تحته كبيرة وصغيرة فأرضعتها الكبيرة بطل نكاحهما ولم تجعل الصغيرة كالمنكوحة على أمها بل جعلت كالمنكوحة مع أمها كذلك ههنا الفرق أن سبب الأمومة والبنوة وجد فيهما معاً وههنا وجد سبب الأخوة في إحداهما فيبطل نكاح الأخرى كما لو كانت الأخوة حاصلة ولكنه نكح إحداهما قبل الأخرى فنكاح الأول صحيح.

وجواب آخر: وهو الأظهر الكبيرة إذا أرضعت الصغيرة (ق١٥٩ب) فسد نكاحها ولكن في الجانبين معنيان مختلفان. أما الصغيرة فإنما فسد نكاحها لاجتماعها مع الأم، وأما الكبيرة ففساد نكاحها بأن تصير من أمهات نسائه، وإن لم يتصور الإجماع ألا ترى أن رجلاً لو طلق امرأة له صغيرة رضيعة، ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعت الكبيرة الصغيرة البائنة خمساً فسد نكاح الكبيرة بلا اجتماع لأنها صارت من أمهات نسائه بخلاف مسألتنا، وعلى ما ذكرنا لو طلق الكبيرة، ثم جاءت وأرضعت الصغيرة فإنها حرمت على التأبيد لما ذكرنا، وأما الصغيرة فإنها ربيبته فإن كان قد دخل بالكبيرة فقد انفسخ نكاحها وحرمت على التأبيد، وإن لم يكن دخل بها لم يفسخ نكاحها.

ثم قال المزني، وقد قال الشافعي في كتاب النكاح القديم: لو تزوج صبيتين فأرضعتهما امرأة واحدة بعد واحدة انفسخ نكاحهما، قال المزني: وهذا وذاك سواء وبقوله أولى فقال المزني: إنما أجاب الشافعي في هذه المسألة على أحد القولين، فأما إذا قلنا بالقول الثاني أبطلنا نكاح الثانية وصححنا نكاح الأولى فكيف يحتج بهذه المسألة.

فرع:

لو جاءت أجنبية فأرضعت إحدى الصغائر اللاتي تحته، ثم ثانية، ثم ثالثة، ثم رابعة فالحكم فيه هو أنها لما أرضعت الأولى لم يضر ذلك نكاحها شيئاً فلما أرضعت الثانية فهي كالمنكوحة مع أختها أو على أختها قولان.

فإن قلنا كالمنكوحة مع أختها بطل نكاحهما.

وإن قلنا إنها كالمنكوحة على أختها جعلنا الثالثة والرابعة هكذا فيبطل نكاح الكل غير الأولى، وإن أرضعت اثنتين معاً، ثم أرضعت اثنتين معاً بطل نكاح الكل قولاً واحداً وكذا لو أرضعت الكل الرضعة الخامسة فالحكم هذا (ق١٦٠أ) وعلى هذا فقس لو تزوج أربع صغائر فجاءت ثلاث خالات له فأرضعن كل واحدة منهن صغيرة فنكاحهن لخاله لأن ابنة الخالة تحل والجمع بين ابنتي الخالة جائز، ثم لو جاءت جدة الزوج أم أمه أو امرأة

أبي أمه فأرضعت الرابعة بطل نكاح الرابعة وفي الثلاث قولان، لأن الرابعة صارت خالة لهن، فإن جعلناها خالة نكحت مع بنات أخواتها بطل نكاح الكل، وإن جعلناها منكوحة على بنات أخواتها فلا يبطل نكاح أولئك وعلى هذا لو أرضعت ثلاث عمات له ثلاثاً منهن، ثم جاءت جدة الزوج أم أبيه أو امرأة جده بلبن جده الذي هو أبو هؤلاء العمات فأرضعت الرابعة والعمات لأب وأم فالحكم على ما ذكرنا وعلى هذا لو جاءت ثلاث حالات للزوج متفرقات وأرضعت كل واحدة إحدى الصغائر، ثم جاءت أم أمه فأرضعت الرابعة انفسخ نكاح الرابعة قولاً واحداً ولم ينفسخ نكاح الصغيرة التي أرضعتها خالة الزوج للأب وفي الأخريين قولان وعلى هذا لو أرضعت امرأة أبي أم الزوج الرابعة بطل نكاحها، ولم يبطل نكاح الصغيرة التي أرضعتها خالة الزوج للأم وفي الأخريين قولان.

فرع آخر:

لو تزوج رجل كبيرتين وصغيرتين فأرضعت كل كبيرة كلتا الصغيرتين واحدة بعد واحدة، فإن كان ترتيب إرضاع الكبيرة الثانية للصغيرتين على ترتيب إرضاع الكبيرة الأولى انفسخ نكاح الكبيرتين ونكاح الصغيرة التي ارتضعاها أولاً، وأما نكاح الصغيرة التي ارتضعاها آخراً فبحالة إذا لم يكن دخل بإحدى الكبيرتين؛ لأن الأولى لما أرضعت الصغيرة الأولى اجتمع أم وابنتها في النكاح فانفسخ نكاحهما فلما أرضعت هذه الكبيرة الصغيرة الثانية لم يبطل نكاح الصغيرة لأنها صارت ربيبة امرأة لم تدخل بها (ق١٦٠ب) ولم يوجد معنى الجمع فلما أرضعت الكبيرة الثانية تلك الصغيرة الأولى صارت من أمهات نسائه فبطل نكاحها فلما أرضعت الصغيرة الثانية لم يبطل نكاح الصغيرة ولو كان على العكس من هذا الترتيب انفسخ نكاح الكل لأن كل واحدة لما أرضعت صغيرة صارتا أماً وابنة في نكاح فبطل النكاحات، وإن كانت إحدى الكبيرتين مدخولاً بها بطل نكاح الكل.

فرع آخر:

لو تزوج بصغيرة وثلاث زوجات كبائر فأرضعتها كل واحدة منهن خمس رضعات، فإن التي أرضعتها أولاً فسخت بنكاح نفسها ونكاح الصغيرة لأنهما صارتا أماً وبنتاً معاً، وأما التي أرضعتها بعدها، فقد صارت الصغيرة بنتاً لها فينفسخ نكاح الكبيرة لأنها أم امرأته ولا يجوز له أن يتزوج بواحدة من الكبائر لأنها من أمهات النساء وينظر في الصغيرة، فإن لم يكن دخل بواحدة من الكبائر جاز له أن يتزوج بها على الانفراد، وإن كان قد دخل بواحدة منهن فقد حرمت الصغيرة أيضاً على التأييد لأنها بنت امرأته التي دخل بها.

فرع آخر:

لو كانت له زوجتان صغيرتان فأرضعت أجنبية إحداهما ثم أرضعت أم الأجنبية الأخرى بطل نكاح الباقية لأنها صارت خالة الأولى وهل يبطل نكاح الأولى قولان:

أحدهما: يبطل نكاح الأولى برضاع الثانية.

والثاني: لا يبطل وللتي بطل نكاحها نصف مهرها وترجع بنصف مهر مثلها في أصح القولين وعلى من ترجع وجهان أحدهما على المرضعة الثانية لأن برضاعها انفسخ النكاح. والثاني على المرضعتين الأولى والثانية لأن برضاعهما استقر فسخ النكاح ذكره في الحاوي[١].

فرع آخر:

لو تزوج بامرأة صغيرة لها دون الحولين واشترى أمةً كبيرة لها لبن من غيره فأرضعت الصغيرة بلبنها خمس رضعات، فإن الأمة حرمت عليه على التأييد؛ لأنها (ق١٦١أ) أم امرأته ولكن لا يزول ملكه عنها؛ لأنه يجوز أن يملك من لا تحل له وينظر في زوجته الصغيرة، فإن كان قد وطء الأمة انفسخ نكاحها وحرمت على التأييد؛ لأن الوطء في الملك بمنزلة الوطء في النكاح وإن لم يكن وطء الأمة، فإن نكاح الصغيرة لحاله لم ينفسخ.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ كَانَ لِلْكَبِيرَةِ بَنَاتٌ مَرَاضِعُ أَوْ مِنْ رَضَاعٍ فَأَرْضَعْنَ الصِّغَارَ كُلَّهُنَّ مَعاً انْفَسَخَ نِكَاحُهُنَّ مَعاً».

الفصل:

إذا تزوج بامرأة لها ثلاث بنات مرضعات من نسب أو رضاع سواء كان اللبن لبن من أزواج أو بشبهة أو زنى وله ثلاث نسوة صغائر لهن دون الحولين فأرضعت كل واحدة من البنات زوجاته الصغائر خمس رضعات دفعة واحدة فقد انفسخ نكاح الكبيرة والصغائر لأنهن صرن بنات بنات الكبيرة ولا يجوز الجمع بين الجدة وبنات بناتها فانفسخ نكاح الكل وعليه لكل واحدة من الصغائر نصف المهر المسمى، وعليه للكبيرة جميع مهرها المسمى إن كان قد دخل بها، وإن لم يكن دخل بها فيجب عليه نصف مهرها.

قال الشافعي: ويرجع على كل واحدة من البنات بنصف مهر مثل التي أرضعتها.

قال المزني: ويرجع عليهن بنصف مهر امرأته الكبيرة، إن لم يكن دخل بها؛ لأنها صارت جدة مع بنات بناتها معاً وترجع عليهن بالسوية لأنهن اشتركن في إفساد نكاح الكبيرة، ولو كان دخل بالكبيرة حرمن جميعاً أبداً لأنهن ربائب امرأة قد دخل بها، ثم يغرمن للزوج كمال مهر المثل الكبيرة.

وحكى المزني في المنثور: أنه لا يغرمن مهر الأم، وهذا خطأ بل هذا مذهب أبي حنيفة بناءً على قوله في شهود الطلاق إذا رجعوا بعد الدخول لا يغرمون المهر، وقال ابن الحداد: مثل قول أبي حنيفة وعلل بأنه لو رجع في مهرها بعد الدخول يصير في معنى

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٨٧).
(٢) انظر الأم (٥/ ٥٨).

المرهونة، ولهذا لو ارتدت بعد الدخول لا يرجع عليها بمهرها (ق١٦١ب) ولهذا خطأ، لأنه يرجع بهذا المهر على غيرها فلا تصير في معنى المرهونة بخلاف المرتدة.

ثم قال المزني: إذا لم يكن دخل بالكبيرة حرمت الكبيرة على التأبيد ويتزوج الصغائر على الانفراد وهذا إيهام إنه لا يجمعهن في الزوجية وليس كذلك فإن المزني يستأنف نكاحهن دفعة واحدة ويكون قد جمع بين بنات الخالات ويحل ذلك.

وقال القفال: يمكن أن يعتذر للمزني فيقال: أراد على الانفراد عن الأم ولم يرد به عن صاحبتها، وهذا غير ظاهر، لأن الظاهر من كلام المزني أنه أراد انفراد بعض الصغائر عن بعض.

فرع:

لو كان يخلط ألبانهن في كل مرة، ثم يؤخرن الصبيان فقد صرن أخوات، فلا يمكن الجمع بينهن ولا بين اثنتين منهن، فإن لم يكن هذا الخلط إلا في الخامسة أو في أربع مرات لم يصرن أخوات بل هن بنات خالات.

فرع آخر:

لو أنهن أرضعن واحدة بعد واحدة فإنه متى أرضعت واحدة من الربائب واحدة من الصغائر انفسخ نكاح الصغيرة والكبيرة معاً لأنه جمع بينها وبين جدتها وحرمت الجدة أبداً.

وأما الصغيرة فلا تحرم عليه لأنه ما دخل بجدتها وحرمت الربيبة التي أرضعت أبداً لأنها من أمهات النساء، فإن أرضعت الربيبة الثانية صغيرة أخرى لم ينفسخ نكاحها لأنه ما دخل بجدتها ولا جمع بينها، وبينها فإن أرضعت الربيبة الثالثة الصغيرة الثالثة فلذلك أيضاً ولا ينفسخ نكاحها لأنهما بنتا خالتين وكذلك لو أرضعت واحدة صغيرة، ثم اثنتان أرضعتا الأخرتين معاً لا يبطل نكاح الأخرتين، إذا لم تكن الكبيرة مدخولاً بها.

وأما الغرم في هاتين المسألتين فالأولى تقدم نصف مهر مثل الصغيرة الأولى ونصف مهر مثل الأم، فإن كانت مدخولاً بها وبطل نكاح الكل فالأولى تغرم نصف مهر الأول، وكان مهر الأم وكل واحدة من الأخرتين يغرم نصف مهر المثل للصغيرة (ق١٦٢أ) التي أرضعتها لا غير لأنه فساد نكاح الأم لم يكن بفعلها كان يفعل الأولى وقيل على قبل لو أرضعت الأولتان الصغيرتين معاً، ثم الثالثة أرضعت الصغيرة.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّ امْرَأَتِهِ الكَبِيرَةِ أَوْ جَدَّتُها أَوْ أُخْتَهَا».

---

(١) انظر الأم (٥/٥٨).

الفصل:

إذا كانت له زوجات صغار وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة هذه الصغائر انفسخ نكاحهن لأن الصغائر صرن أخوات الكبيرة، وإن أرضعتهن جدتها صرن أخوات لأم الكبيرة وإن أرضعتهن أختها صارت خالة لهن، وإن أرضعتهن ابنة أختها صارت خالة لأمهن، ولا يجوز للرجل أن يجمع بين المرأة وأختها وبين المرأة وخالتها وبين المرأة وبين أختها وبين المرأة وخالة أمها فينفسخ نكاح الكل.

قال الشافعي: «ويكون الحكم كما ذكرنا في المسألة قبلها» وأراد به أن حكم هذه المسألة قبلها في انفساخ النكاح لا غير ولم يرد أنه في استئناف العقد في المستقبل هما سواء؛ لأن هناك قط لا ينكح الكبيرة والصغائر لا ينكحهن أيضاً، وإن كان دخل بالكبيرة وههنا دخل بها أوله له أن ينكح الكبيرة على الانفراد والصغائر على الانفراد وإنما فرض الشافعي المسألة في الكبيرة غير المدخول بها لغرض كان له في حواله حكم هذه المسألة على حكم المسألة قبلها، فإن حكمها سواء في الصغائر إذا لم تكن الكبيرة مدخولاً بها فيكون التحريم من طريق الجمع، فأما إذا كانت مدخولاً بها فلا يتساويان؛ لأن التحريم ههنا يكون من طريق الجمع وهناك على التأبيد على ما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَرْضَعَتْ مَوْلُوداً فَلاَ بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ المَرْأَةُ المُرْضِعَةُ أَبَاهُ».

صورة المسألة أن ترضع المرأة غلاماً فيجوز لأبيه أن يتزوج بها لما ذكرنا أن حرمة الرضاع لا تنتشر من المرضع إلا إلى أولاده، فأما إلى آبائه وأمهاته وأخواته وإخوانه فلا تنتشر فلهذا جاز (ق١٦٢ب) لأبيه أن يتزوج بالمرضعة وبابنتها وكذلك لأخ المرضع أن يتزوج بالمرضعة وبابنتها ومثل هذا الذي ذكره الشافعي في غير الرضاع يجوز فإنه يجوز للرجل أن يتزوج أم ولده من النسب وعلى هذا يجوز أن يتزوج بأم أم الصبي أيضاً؛ لأنه لا رضاع بينهما، فإن قيل: أليس لا يجوز أن يتزوج بأم أم ولده من النسب، قلنا لهما: لا يجوز هناك للمصاهرة لا النسب والرضاع لا يحرم ما تحرمه المصاهرة.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَوْ شَكَّ أَرْضَعَتْهُ خَمْساً أَوْ أَقَلَّ لَمْ يَكُنْ ابْناً لَهَا بِالشَّكِّ».

إذا أرضعته أربعاً وشك في الخامسة لم تحرم؛ لأن الأصل إباحة النكاح فلا يزيلها بالشك والورع له أن يدع نكاحها خوفاً من التحريم.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٥٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٥٩).

فرع:

لو تزوج زيد بكبيرة وصغيرة فطلقهما فتزوج بها عمرو، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة انفسخ نكاحها، وأما التحريم فقد حرمت الكبيرة عليهما أبداً، أما على الأول فلأنها أم من كانت زوجته، وأما على الثاني فلأنها أم زوجته. وأما الصغيرة فإن كان كل واحد منهما دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأييد لأنها بنت من دخل بها، فإن لم يدخل بها واحد منهما لم تحرم على واحد منهما، وإن كان قد دخل بها أحدهما حرمت على من دخل دون من لم يدخل.

فرع آخر:

لو تزوج زيد بامرأة كبيرة لها ابن وتزوج عمرو بامرأة صغيرة لها دون الحولين فطلق كل واحد منهما امرأته وتزوج بامرأة صاحبه، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة فإن نكاح الكبيرة ينفسخ لأن زوجها كان زوجاً للصغيرة وهي أمها ولا يجوز للرجل أن يتزوج بأم امرأته. وأما الصغيرة فإن كان زوجها قد دخل بالكبيرة لما كانت زوجة له فقد انفسخ نكاح الصغيرة أيضاً لابنة امرأته التي دخل بها، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فنكاحها باطل، وأما التحريم فالكبيرة (ق١٦٣أ) حرمت عليهما على التأييد فتحرم على زوج الصغيرة؛ لأنها أم زوجته، وتحرم على الآخر لأنها أم من كانت زوجته وأما الصغيرة إن كان قد دخل بها كل واحد منهما بها أعني بالكبيرة حرمت على كل واحد منهما من التأييد، وإن كان قد دخل بهما أحدهما دون الآخر حرمت على من كان دخل بها دون الآخر.

فرع آخر:

لو كان لرجل أربع نسوة فأرضعت إحداهن مولوداً رضعتين وأرضعت كل واحدة من الباقيات رضعة أو كانت له خمس أمهات أولاد فأرضعته كل واحدة منهن رضعة واحدة فلا يختلف المذهب أن المرضعات لا يصرن أمهات لهذا المولود وهل يصير زوجهن أو سيد أمهات الأولاد الذي منه اللبن أباً له أم لا.

اختلف أصحابنا فيه، فقال ابن الحداد: الصواب أن ذلك لا يحرم المرضعة على الزوج ولا على السيد لأنه لم يثبت من واحدة منهن أمومة بالرضاع فلذلك لم تثبت الأبوة، وهو اختيار الأنماطي، وابن سريج.

وقال أكثر أصحابنا: وهو اختيار أبي إسحاق، وابن أبي أحمد: تحرم عليه لأنها قد أرضعت بلبانه خمس رضعات فهو أب لها، وإن لم تكن أماً لها، والأول أصح لأن الأمومة إنما لم تحصل لأنها لم ترضع من لبن واحدة منهن خمس رضعات، وارتضع من لبن الرجل خمس رضعات فلا فرق بين حصولها من واحدة منهن ومن حصولها من جماعتهن وليس في هذا شبهة، وعلى هذا تحرم المرضعات عليه لأنهن حلائل أبيه.

فرع آخر:

لو كان لامرأة خمس بنات فأرضعت كل واحدة منهن مولوداً رضعة واحدة لم تكن البنات أمهات له وفي أم البنات وجهان مشهوران:

أحدهما: أنها جدته وبناتها المرضعات خالاته؛ لأن ارتضاعه من لبن خمس بناتها كان رضاعة من خمس مرات من لبن بنت واحدة ولذلك أب البنات جده (ق١٦٣ب) على هذا الوجه.

والوجه الثاني: لا تكون جدة له لأنه لا جدة إلا دونها أم قلما لم تكن واحدة من البنات أماً لم تكن أمهن جدة.

وقال القفال، والقاضي الطبري: إن قلنا في المسألة الأولى لا تحرم فههنا أولى وإن قلنا هناك تحرم فههنا وجهان والفرق أن هناك جهة معلومة واسم معلوم فيقول: صار أباً أو جداً وههنا لا يتبين من أي جهة صار محرماً وبأي معنى والطريق الأول أصح.

فرع آخر:

إن كان لامرأة زوج ولها ابن منة فأرضعت صغيرة ثلاث رضعات، ثم طلقها زوجها وجف لبنها فزوجت بزوج آخر وولدت منه وجاء لبن منها فأرضعت تلك الصغيرة رضعتين صارت أماً لها، ولم يصر واحد من الزوجين أباً لها لأنه لم يتم عدد الرضاع ابنه.

فرع آخر:

قال صاحب التلخيص: لو كانت أمة وأربع نسوة لهن لبن فأرضعت كل واحدة مولوداً في الحولين رضعة في خمسة أوقات مختلفات، فإن كان اللبن من غيره نظر، فإن كان قد دخل بالخمس كلهن حرم المرضع كالربيبة.

قال القاضي الطبري: وقال قوم من أصحابنا: هذا التحريم خطأ وهذه الصبية المرضعة لا تحرم عليه قولاً واحداً، وهذا غلط عندي لأن كل واحدة منهن لو استكملت خمس رضعات بلبن غيره كانت تحرم عليه وكانت ربيبة له فإذا وجدت من كل واحدة رضعة رضعة وجب أن تصير ربيبة له في حقه، وإن لم يصرن أمهات على أحد الوجهين، وإنما خرجه هذا على هذا الوجه الآخر، وهذا تخريج صحيح قال: وإن دخل ببعضهن دون بعض لم تحرم واحدة منهن وهذا صحيح لأنه إذا كان في الخمس من لو انفردت بخمس رضعات لم تحرم عليه لم يجب (ق١٦٤أ) على ما تقدم بيانه.

فرع آخر:

لو كان رجل له زوجة لها دون الحولين، وله خمس أخوات مراضع فأرضعت كل واحدة من الأخوات زوجته الصغيرة رضعةً واحدةً فلا تصير الأخوات أمهات لها وهل يصير أبو الأخوات جداً لها وأمهن جدة والأخ خالاً على الخلاف الذي ذكرناه وقيل:

الخؤولة فرع على الأمومة، فإذا لم يثبت لم يثبت فرعها بخلاف الأبوة التي مضت فتخريج القولين فيه بعيد.

فإذا قلنا يصير جداً انفسخ نكاح الصبية المرضعة لأنه صار خالاً لها فإنه ابن جدها من قبل الأم ويجب للصغيرة نصف مهرها المسمى وترجع بنصف مهر مثلها على أخواته المرضعات بينهن أخماساً. فإن قيل: أليس قلتم إذا وطء زوجة ابنه بشبهة انفسخ لنكاح الابن ولم يغرم الأب له شيئاً قلنا: إنما كان كذلك لأن الأب وجب عليه بالوطء مهر مثلها فلا يجب عليه شيء آخر بخلاف مسألتنا.

وقال أبو حامد: عندي أنه يجب المهر على الأب لابنه أيضاً لأن سبب الوجوبين مختلف فلا فرق بين المسألتين.

فرع آخر:

لو كانت الأخوات ثلاثاً فأرضعت إحداهن رضعتين والأخرى رضعتين والأخرى رضعة، قال القاضي أبو حامد في الجامع فيه وجهان:

أحدهما: يرجع به عليهن ثلاثاً بعد رؤوسهن؛ لأن الرضاع مفسد للنكاح فاستوى قليله وكثيره كما لو طرح جماعة نجاسة في خل في حالة واحدة يجب عليهم ضمانه بالسوية وإن كان أحدهم طرح أكثر من الآخر.

والثاني: يرجع على التي أرضعتها رضعة واحدة بخمس نصف مهرها مثلها ويرجع على كل واحدة من الأخرتين بخمسة اعتباراً بعدد الرضعات؛ لأن التحريم (ق١٦٤ب) يتعلق بعددها فيقسط الضمان على العدد بخلاف حكم الضمان في الحل بطرح النجاسة فيه.

فرع آخر:

قال القاضي في الجامع أيضاً: لو حلبت امرأة أربع رضعات وأخرى ثلاث رضعات من لبن رجل واحد وخلطناه وسقناه زوجة صغيرة لهذا الرجل خمس مرات انفسخ نكاح الصغيرة ولزمه نصف مهرها المسمى للصغيرة، وفي رجوع الزوج عليها وجهان:

أحدهما: يرجع عليهما نصفين.

والثاني: يرجع على صاحبه الحلبات الأربع بأربعة أجزاء من ستة أجزاء من نصف مهر المثل وعلى صاحبه الحلبات الثلاث بثلاثة أجزاء.

فرع آخر:

لو كان للمرأة ثلاث بنات لبن بعضهن أسفل من بعض من لبن واحد مثل أن يكون لها ابن، وله ابن وابنة، ولابن الابن ابن وابنة، ولابن ابن الابن بنت فأرضعت بنت الابن غلاماً رضعتين وأرضعته بنت ابن الابن رضعتين وأرضعته بنت ابن الابن الآخر رضعة

صارت المرأة جدةً له على أحد الوجهين ولا تحرم المرضعات عليه وله أن يتزوج بالعليا وبالوسطى والسفلى على الانفراد ولا يجوز له الجمع بينهن لأن العليا عمته الوسطى، والوسطى عمته السفلى ولا يجوز الجمع بين المرأة وعمتها ولا يحرمن على الانفراد؛ لأن العليا تكون بنت ابن جدته وهي بنت الخال ولا يحرم على الرجل أن يتزوج بابنة خاله، وإن أرضعته العليا خمس رضعات صارت أماً له ولا يحرم عليه الوسطى؛ لأنها بنت خاله، وإن أرضعته الوسطى خمس رضعات صارت أماً له وحرمت عليه العليا أيضاً لأنها عمة أمه وتحل له السفلى لأنها ابنة خالة وأما إذا كانت ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض من ثلاث ثلاثين (ق١٦٥أ) فإن العليا لا تحرم على ولد الوسطى من نسب أو رضاع لأن العليا تكون بنت عم أبي الوسطى.

فرع آخر:

قال في «البويطي»: ولو نزل للبكر أو الثيب لبن ولا زوج لواحدة فهو لبن ينشر الحرمة، فإذا أرضعت به صبياً ثبتت الحرمة وتكون المرضعة له أماً ولا أب له كولد الزنى ولا أب له، وإنما قلنا لذلك لأن الغالب من حال المرأة أنه لا ينزل لها لبن إلا عند الحمل غذاء للمولود وإذا نزل قبل ذلك حمل على أنه بان بها شهوة نساء فنزل فالحق هذا النادر بالغالب من جنسه وتعلق التحريم به.

قال القفال: وهذا إذا كانت بلغت تسعاً، فإن كانت بنت دون تسع فلا حكم له كما أن الحيض يثبت حكمه في التسع لا فيما دونه وحكم الرضاع يثبت بالإمكان، وإن احتمل أنها غير بالغة كما يثبت حكم النسب بالإمكان من ابن عشر سنين، وإن احتمل أنه غير بالغ لا لأن اللبن ونزوله بلوغ ولكن لاحتمال أنها بلغت الحيض.

فرع آخر:

لو ارتضعت امرأة صبية أربع رضعات فجاء رجل وجمع بينهما في النكاح ثم إن الكبيرة أرضعتها الخامسة رجع بنصف مهر المثل عليها لأنها هي المبطلة للنكاح، وإن كان التحريم متعلقاً بجميع الرضعات.

فرع آخر:

لو كانت له أمة مملوكة فأرضعت بلبن مولاها امرأة ابنة ابنه الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحها، لأنها صارت أخته ووجب لها نصف مهرها المسمى ورجع على الأمة بنصف مهر المثل وتعلق ذلك برقبتها وتباع فيه بمنزلة الجناية والإتلاف.

فرع آخر:

لو كانت الكبيرة أم ولده فأرضعت زوجة سيدها لا يرجع عليها بشيء لأن السيد لا يبتدىء بإيجاب شيء في رقبة مملوكته ولا في ذمتها لنفسه ولو أرضعت أم ولده

(ق١٦٥ب) زوجة ابنه وانفسخ نكاحها لا تحرم هي على سيدها لأنها أم زوجه أم ولده ويرجع زوجها على سيدها بالضمان فيضمن أهل الأمرين من أرش جنايتها أو قيمة رقبتها، ولو كانت الكبيرة مكاتبة فأرضعت زوجة السيد حتى انفسخ نكاحها يرجع السيد بنصف مهر مثلها مكاتبته مستوفية كما في يدها فأرش الجناية عليه.

فرع آخر:

لو زوج رجل ابنه الصغير امرأة كبيرة فوجدت به عيباً ففسخت النكاح ثم تزوجت بزوج آخر فأولدها فنزل لها منه لبن فرجعت وأرضعت الصغير خمس رضعات حرمت على زوجها وعلى الصغير فأما تحريمها على الصغير فلأنها أمه من الرضاع وزوجة أبيه، وتحرم على زوجها لأنها خليلة ابنه من الرضاع، ولو زوج عبده الصغير أمة فأعتقت الأمة فاختارت فسخ النكاح وتزوجت بزوج فأولدها ونزل لها ابن فرجعت فأرضعت الصغير خمس رضعات حرمت على زوجها وعلى الصغير كما ذكرنا في المسألة قبلها.

فإن قيل: كيف تكون حليلة ابنه بزوجةٍ له في الحالة التي هو ابنه، قلنا: الاسم يتناوله مجازاً، والمجاز يقوم مقام الحقيقة في هذا، ولهذا حرم اللّه تعالى الأم وكانت الجدة داخلةً في التحريم لأن الاسم يتناولها مجازاً.

فرع آخر:

لو زوج ابنه الصغير أمه لها لبن من سيدها فأرضعت زوجها لم تحرم على سيدها، لأن تزويج الأمة من صغير حرّ لا يجوز فإنه لا يخاف العنت ولا يستباح نكاحه الأمة إلا بشرطين عدم الطول، وخوف العنت، فإذا لم يصح النكاح بينهما لم تصر حليلة ابنه فلم تحرم عليه، وغلط بعض أصحابنا فحكي عن المزني أنه قال: تحرم على سيدها؛ لأن الصغير صار ابناً له فتكون خليلة ابنه، ذكره ابن الحداد، ثم قال: غلط فيه المزني ولا يصح هذا (ق١٦٦أ) على أصل الشافعي؛ لأن تزويج الأمة من الصغير لا يجوز، وهذا الغلط من هذا القائل والمزني أجل قدراً من أن يخفى عليه هذا، والذي قاله المزني حكاه الأنماطي أنه قال في رجل زوج أم ولده من طفل أجنبي فأرضعته تحرم أم الولد على المولى من قبل أنها صارت امرأة ولده وأراد بالطفل العبد، وإنما كان هذا خطأ لو قال من طفل حر ولم يذكر المزني الحر فبطل ما قدره هذا القائل، وحكى ابن الحداد في فروعه عن المزني أنه قال في المنثور في هذه المسألة حرمت على زوجها وهي حلال السيد لأنها لم تصر أماً له إلا في حال عدم النكاح، ثم أنكر المزني ذلك، وقال: يجب أن تحرم على سيدها، قال ابن الحداد: وهذه رواية لم يجدها إلى وقتنا هذا عن الشافعي إلا من جهة المزني، وقد أنكرها المزني وهي كما أنكر لأنا لا نعلم اختلف قول الشافعي في الرجل له امرأتان كبيرة وصغيرة فرضع الكبرى الصغرى في أن الكبيرة حرام على الزوج أبداً لأنها أم امرأته ولا فرق بين المسلمين وكذلك لو تزوج رجل امرأة ولم يدخل بها حتى طلقها وله زوجة صغيرة مرضعة فأرضعت بعد البينونة الكبيرة الصغيرة أن الكبيرة حرام عليه أبداً لأنها من أمهات

نسائه فكذلك أم الولد التي زوجها المالك من عبده الصغير وجب أن تحرم على سيدها أبداً فالمسألة التي حكيناها عن المزني عن الشافعي غلط منه أو عليه.

فرع آخر:

لو أرضعت امرأة صبية وغلاماً كان للغلام أن يتزوج أم الصبية من النسبة لأنها أم أخته وليست بأمه ولم يدخل بها أبوه ولم تحرم عليه، وإنما تحرم عليه أم أخته من النسب لدخول أبيه بها.

فرع آخر:

لو زوج ابنه المرضع ابنة أخيه المرضعة، ثم جاءت جدتهما (ق١٦٦ب) من قبل الأب فأرضعت أحدهما، فإن كانت قد أرضعت الابن فقد انفسخ النكاح؛ لأنه صار عماً للصبية وإن كانت قد أرضعت الصبية فقد انفسخ النكاح لأنها صارت عمةً له.

باب لبن الرجل والمرأة

مسألة:

قَالَ[١]: «وَاللَّبَنُ لِلرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ كَمَا أَنَّ الوَلَدُ لَهُمَا».

الفصل:

كل فحل لحق به النسب فلبن ذلك النسب له ولأمه والولد المرتضع منهما ولدهما. وقد ذكرنا هذا من قبل، ولو وطء زوجته فنزل لها لبن من غير إحبال فأرضعت به مولوداً كان ولدها دون ولد زوجها وأصله أنه متى لم يكن ولد فلا لبن للفحل أبداً.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَلَوْ وَلَدَتْ ابْناً مِنْ زِنَاهَا فَأَرْضَعَتْ مَوْلُوداً فَهُوَ ابْنُهَا».

إذا أتت بولدٍ من زنى فأرضعت بلبنه مولوداً صار ابنها من رضاع، ولم يكن الزاني أباه من رضاع؛ لأن اللبن مائع للولد فلما كان المولود ابنها دونه كذلك المرضع بذلك اللبن ابنها دونه، ولأن النسب أقوى من الرضاع، فإذا لم يثبت ههنا حق النسب في الولد فلان لا يثبت حق الرضاع أولى.

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَأَكْرَهُ لَهُ فِي الوَرَعِ أَنْ يَنْكِحَ بَنَاتِ الَّذِي وَلَدَهُ مِنْ زِنًى، فَإِنْ نَكَحَ لَمْ أَفْسَخْهُ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٥٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٥٩).

(٣) انظر الأم (٥/ ٦٠).

أراد به أن الابن الذي ولد من الزنى إذا كبر وتزوج وولد له بنت جاز للزاني أن يتزوج بها لأن المولود من الزنى ليس ابن له فلا تحرم ابنته عليه فكذلك إذا ولدت للمزني بها بنتاً لم تحرم عليه، وقيل: قرى بنات الذي ولده من زنى برفع الدال على الاسم فمعناه أكره للزاني في الورع أن ينكح بنات ابنه من الزنى (ق١٦٧أ) وقرى ولده بفتح الدال على الفعل فمعناه أكره لولد الزنى أن ينكح بنات الزاني الذي ولده.

وقال ابن أبي أحمد في المفتاح: ولا يجوز للرجل أن يتزوج بابنته من زنى كما قال أبو حنيفة قال: وقوله: «وأكره في الورع أن ينكح بنات الذي ولده من زنى» أي أكره المرضع بلبن الزنى أن تنكح بنات الذي ولد له من زنى - يعني بنات الزاني - فإن فسخ لم أفسخه لأنه ليس ابنه من الرضاع، قال: وهذا باب لبن الرجل والمرأة مقصده المرضع بلبن الزنى الموافق لبابه.

وقال القفال: مقصوده أمر الرضاع - أي إني وإن أبحث له أن ينكح ابنه ولده من الزنى فأكره ذلك فكذا أكره أن ينكح المرضعة بلبن الزنى، وإنما صور في ابنة ولده من الزنى ولو صور في ابنته من الزنى جاز، ثم ذكر الحديث في أنه لا ينسب ولد الزنى إلى الزاني بقوله ﷺ - في ابن وليدة زمعة: «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر» ومعناه: لا شيء له بحالٍ؛ لأن عادة المبالغة في قطع العلائق يقولون له: الحجر وبنية الحجر أي لا شيء له، وقول الشافعي: ابنته أو ابنه من الزنى على المجاز لا على الحقيقة لأنه لا خلاف في أنه لا ينسب إليه ولا يتشرف بشرف الرأي، وعلى هذا لو كان له ابن من الزنى وابنة صحيحة النسب جاز النكاح بينهما لأنها ليست أخته لكنه يكره.

ثم شبه الشافعي هذا الاحتياط بالاحتياط الذي أمر به رسول الله ﷺ سودة وهو الاحتجاب من ابن وليدة زمعة فقال: لما ألحق ذلك الغلام بزمعة لزوجته سودة بنت زمعة «احتجبي منه لا يزال فضلاً» فلم يرها الغلام قط، وإنما أمرها بذلك لما رأى من شبه الغلام بعتبةَ الذي ألم بها في الجاهلية (ق١٦٧ب) كذلك ههنا يأمر بالاجتناب من نكاح ابنته من الزنى احتياطاً.

ثم قال المزني: وقد كان أنكر على من قال: بتزويج ابنته من زنى ويحتج بهذا. وقد زعم أن رؤية ابن زمعة سودة مباح وأنه كرهه، فكذلك في القياس لا يفسخ نكاحه، وإن كرهه ولم يفسخ نكاح ابنه من زنى بناته من حلال بقطع الأخوة فكذلك من القياس، لو تزوج ابنته من زنى لم يفسخه، وإن كرهه لقطع الأبوة ولا حكم عندنا للزنى لقول رسول الله ﷺ: «وللعاهر الحجر» في معنى الأجنبي في مذهبه هذا وبالله التوفيق فأوهم المزني أن الشافعي لا يجوز للزاني نكاح ابنته من زنى أنه أنكر هذا القول على من قاله.

ثم احتج على الجوار كما ترى، وأوهم أن المسألة عن قولين وليس كذلك، وهو غلط في ذلك، وذلك أن الشافعي إنما أنكر على من قال: يجوز للزاني نكاح ابنته من زنى من غير كراهية، وهذا مذهب بعض السلف وحكاه صاحب الحاوي عن المزني فقال

الشافعي: هو مكروه وإن كان جائزاً والنسب منفي عنه على ما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا فَأَصَابَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَأَرْضَعَتْ مَوْلُوداً كَانَ ابْنَهَا».

الفصل:

إذا طلق زوجته بعد الدخول بها فنكحت في العدة وأصابها الثاني فأتت بولدٍ يمكن أن يكون من كل واحدٍ منهما، ثم أرضعت مولوداً بلبنها فحكم الموضع مائع بحكم النسب فيمن لحقه الولد المناسب كان المرضع تابعاً له وللولد المناسب أربعة أخوال على ما تقدم بيانه وإنما قلنا كذلك، لأن اللبن تابع للولد، وإذا لم يكن قافة أو ألحقته القافة بهما أو أشكل على القافة وقف حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما فيلحق به ويصير المرضع ابنه، وإن بلغ فمات (ق١٦٨أ) قبل أن ينتسب، فإن كان له وارث قام مقامه في الانتساب على أحدهما، وكان المرضع تابعاً له، وإن لم يكن له وارث.

قال الشافعي: فقد ضاع نسبه ـ يعني ضاع نسبه من يلحق به النسب وبطل حكمه وأما الذي نص الشافعي فيه في الأم على قولين:

أحدهما: أنه يلحق به جميعاً لأن اللبن يجوز أن يكون لهما جميعاً، فإن اللبن قد يحصل من الوطء ومن الولادة، وقد وطء كل واحد منهما والولادة من أحدهما فلا يمنع أن يكون اللبن منهما جميعاً ويخالف الولد لأنه لا يجوز أن يخلق ولد واحد إلا من ماء رجل واحد فلهذا لم يجز أن يلحق الوالد بهما وعلى هذا سأل الداركي عن المرضع، هل يحتاج أن ترضع عشر رضعات أو يكفي خمس رضعات فقال: يحتمل وجهين.

وقال القاضي الطبري: هذان الوجهان مبنيان على أن الصبي إذا ارتضع من امرأتين الرضعة الخامسة، هل يكون ذلك رضعتين أو يكون من كل واحدة منهما نصف رضعة، وفيه وجهان.

والقول الثاني: لا يلحق بهما لأن اللبن تابع للولد فلما لم يجز أن يلحق الولد بهما فلذلك اللبن والمرضع بذلك اللبن، وهذا أصح ولا يصح ما ذكره القائل الأول؛ لأن اللبن الذي ينتشر الحرمة من الواطىء إذا حملت المرأة منه وقبل ذلك لا حق له في اللبن، فإذا قلنا بهذا القول هل للمرجع أن ينتسب قولان منصوصان في الأم.

أحدهما: ليس له ذلك؛ لأن الانتساب إنما يكون بميل النفس إلى من خلق من مائه وما يدعوه طبعه إليه لا يفيد هذا المعنى ولأنه لما تدخله القافة في تمييز الولد من الرضاع لم تدخله في الانتساب.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦١).

والقول الثاني: أن ينتسب؛ لأن الرضاع يؤثر في تغيير الخلق والشبه ولا ينفك اللبن عن دواعي الشفقة ونوازع الرحمة كما يكون ذلك في النسب، وقد قيل من ارتضع (ق١٦٨ب) من سيئة الخلق ساء خلقه، ومن ارتضع من حسنة الخلق حسن خلقه، وقد قال رسول الله ﷺ: «أنا أفصح العرب ولا فخر بيد أني من قريش ونشأت في بني سعد، وارتضعت من بني زهرة»(١) وكانت هذه القبائل أفصح قبائل العرب فافتخر بالرضاع كما افتخر بالنسب.

وقد ذكرنا أن النبي ﷺ قال: «لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يغذي في الرعونة والحمق»(٢).

وروي: «فإن اللبن شبه عليه» ويخالف هذا اعتبار القيامة في النسب دون الرضاع لأن القافة تنظر إلى المشاركة في الصورة، وههنا ينظر إلى المشاركة في الأخلاق فافترقا. فإذا قلنا: ينتسب على أحدهما فانتسب حرم عليه أقاربه وحلت له ابنة الآخر ومحارمه لأن نسبه انقطع منه.

وإذا قلنا: لا ينتسب ولا يكون أبيهما لا يصير محرماً لبنات واحد منهما، وهل يجوز له أن يتزوج بابنة كل واحد من الواطئين؟ اختلف أصحابنا فيه فقال ابن أبي هريرة له أن يتزوج بابنة كل واحد منهما على الانفراد، ولأن الأخت لم تتعين وهذا كما قلنا في رجلين، قال أحدهما: إن كان هذا الطائر غراباً فغلامي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فغلامي حر لم يمنعا من التصرف في غلاميهما، فإن صارا جميعاً لواحدٍ منهما منعناه من التصرف فيهما وعتق أحدهما عليه لعلمنا أن أحدهما حر لا محالة كذلك ههنا.

قال هذا القائل: وإذا تزوج بابنة أحدهما، ثم طلقها أو ماتت لم يجز له أن يتزوج بابنة الآخر؛ لأنه إذا عقد على ابنة أحدهما فقد أقر بأن ابنة الآخر أخته، كما نقول في ثلاثة أواني اثنان طاهران وواحد نجس، فأدى اجتهاد كل واحد منهم إلى طهارة إناء غير الإناء الآخر، إن كل واحدٍ منهم يستعمل الإناء الذي أدى اجتهاده إلى طهارته، فإذا أم كل واحدٍ صاحبيه في ثلاث صلوات (ق١٦٩أ) فإن صلاة الصبح جائزة للجميع، وصلاة الظهر جائزة للإمام ولإمام الصبح ولا تجوز للآخران؛ لأن كل واحد منهم أقر بطهارة نفسه وطهارة الإمام من الصبح فإنه صلى خلفه، فكان عند كل واحد منهما أن الآخر نجس فلم تجز صلاته، وصلاة العصر جائزة للإمام وحده فهذا المعنى كذلك ههنا.

وقال أبو إسحاق: لا يجوز له أن يجمع بينهما لئلا يكون مقيماً على فرج محرم بيقين بابنة كل واحد منهما على الانفراد، وإذا تزوج بإحداهما، ثم مات أو طلقها يحل له أن يتزوج بالأخرى، وهذا ظاهر قول الشافعي ههنا لأنه قال: والورع أن لا ينكح ابنة

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٦/ ٣٦) من حديث أبي سعيد الخدري.

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٢).

واحد منهما ولا يكون محرماً لهما فلم يحرمهما، وإنما قال: «الورع ترك النكاح» فدل على أن كل واحدة مباحة على الانفراد.

قال: ولأنا إذا أبحنا له أن يتزوج بالأولى، فإذا طلقها كان له أن يتزوج بالأخرى؛ لأن في كل واحدة منهما الأصل الإباحة والشك طارىء، فكان ما أمكن في الأولى فهو مثله في الثانية، فجاز له أن يتزوج بها، وهذا يبطل بمن صلى في مسألة الأواني الثلاثة بواحد منهم صلاة الصبح لم يجز له أن يصلي خلف الآخر في صلاة الظهر؛ لأنه لما صلى خلف إمام الصبح فقد قطع بأن صاحبه الذي معه خلف إمام الصبح نجس فكذلك ههنا.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز نكاح ابنة واحد منهما؛ لأن أحدهما أبوه قطعاً، وإنما تجهل عينه فصار كما لو اختلطت أخته بأجنبية، ولم يعلم عينها لا يجوز له التزويج بواحدة منهما.

قال أبو حامد: والصحيح عندي هذا، وقد أومىء إليه في «الأم»، وقال القاضي الطبري: هذا لا يصح، والصحيح: الوجه الأول، والفرق بين ما استدل به أبو حامد وبين مسألتنا أن الأخت إذا اختلطت بالأجنبية، فإن الأخت أصلها التحريم والأجنبية أصلها الإباحة فغلب التحريم، وكذلك لو اختلطت محرمة بنساء محصورات (ق١٦٩ب) لم يجز التزوج بواحدة منهن لهذا المعنى.

وأما ههنا أصل كل واحدة منهما الإباحة ولم تتعين المحرمة منهما؛ فكان له أن يتزوج بأيتهما شاء، يدل على هذا الفرق أن الإناءين إذا كان ماء والآخر بولاً، وأشكل الماء من البول فإنه يتركهما جميعاً، وإذا كان أحدهما ماء طاهراً والآخر نجساً تحرى واستعمل الطاهر؛ لأن أصل كل واحد منهما الطهارة والنجاسة طارئة، فإذا لم يتعين الذي طرأت عليه النجاسة جاز له استعماله، فإن قيل: أوجبتم التحريم في الإناءين ولم تسوغوا أن يستعمل أيهما شاء من غير اجتهاد وسوغتهم ههنا أن يتزوج بأيهما شاء فما الفرق بينهما؟ قلنا: ليس على الأخت ولا على الأجنبية أمارات من تغير الماء وإضراب الإناء أو انكشاف الغطاء، أو أثر الكلب أو غير ذلك فأوجبنا التحري في أماراته الدالة عليه.

وقال في «الحاوي»[1]: فيه وجه رابع لا يحرم عليه بنات واحد منهما لانقطاع الأبوة، ويجوز له أن يجمع بين ابنة كل واحد منهما، وإنما يمنع من تزويجها ورعاً لا تحريماً وهو ظاهر كلام الشافعي وهذا غريب بعيد، وقال الإمام الجويني: صاحب المنهاج قال كثير من أصحابنا إذا استيقن الرجل أن له في سكة محصورة الأهل أختاً من الرضاعة، ولم يعلم عينها لم يجز له أن يتزوج من نساء ملك السكة أحداً، ولو استيقن ذلك في بلدة كبيرة غير محصورة الأهل له أن يتزوج امرأة من نساء تلك البلدة وفرقوا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٣٩٦).

بالمشقة وعدمها، وفي كلام الشافعي ههنا دليل على أنه لو نكح واحدة من نساء السكة المحصورة الأهل يجوز، وإن كان الورع أن لا يفعل ألا تراه قال في الولد المرضع: «إذا عجزني بموت الولد عن الإلحاق الورع أن لا ينكح ابنة واحد منهما، ولم يقل (ق١٧٠أ) حرام عليه أن يفعل، والدليل على هذا ظاهر وذلك أنه لا يستيقن الحرية من واحد من نساء السكة فصار نساء السكة كنساء البلدة وهذا غريب.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ قَالُوا لِلْمَوْلُودِ هُوَ ابْنُهُمَا أجبره إِذَا بَلَغَ عَلَى الانْتِسَابِ إِلَى أَحَدِهِمَا».

وإنما قلنا: إنه يجبر على ذلك لأنه يتعلق به حقوق له وعليه من وجوب النفقة وولاية التزويج والعتق بالملك وتحريم المناكحة وحرمة المحرمية، ورد الشهادة، ومنع الزكوات وغيرها.

فإن قيل: خيرهم بين الأبوين لبلوغ سبع سنين ولم يتخيروا على الانتساب إلا بعد البلوغ؟ قيل: الاختيار ليس بلازم بخلاف الانتساب، فإنه لازم فدل على الفرق، ولأن الاختيار حق له والانتساب يتعلق به حق لغيره فاعتبر أن يكون بالغاً.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَلَوْ كَانَ مَعْتُوهاً لَمْ يُلْحَقْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّى يَمُوتُ».

أراد به المولود على فراشين إذا بلغ وهو معتوه لم يصح انتسابه؛ لأنه لا حكم لكلام المجنون ولا يقوم أحد مقامه فيه؛ لأنه غير مأيوس من صحته وانتسابه بنفسه، فإن مات وخلف وارثاً قام مقامه في الانتساب على ما ذكرنا، وإن لم يكن له وارث كان ماله موقوفاً؛ لأنَّا نعلم أنه ولد أحدهما، وإن لم يعلم عينه كما إذا طلق إحدى امرأتيه ومات ولم يعين وقفناه ميراث زوجة.

مسألة:

قَالَ[(٣)]: وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِلَبَنِ مَوْلُودٍ نَفَاهُ أَبُوهُ بِاللِّعَانِ لَمْ يَكُنْ أَباً لِلْمُرْضَعِ».

الفصل:

إذا أتت زوجته بولدٍ فقذفها ونفاه باللعان فأرضعت المرأة بهذا اللبن مولوداً لرجل كان حكمه حكم ولدها من النسب وهو أنه لا ولد له، فإذا استلحق الملاعن ولده لحقه نسبه، وإن ألحق نسبه لحق به ولده من الرضاع أيضاً، ولا فصل بين أن ترضعه قبل أن يلاعن أو بعد أن يلاعن، فإن المرضع كولدها من النسب على ما فصلناه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦١).
(٢) انظر الأم (٥/ ٦١).
(٣) انظر الأم (٥/ ٦١).

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِثَلَاثِ حِيَضٍ وَثَبَتَ لَبَنُهَا أَوْ انْقَطَعَ (ق١٧٠ب) ثُمَّ تَزَوَّجَتْ زَوْجاً فَأَصَابَهَا فَثَابَ لَهَا لَبَنٌ وَلَمْ يَظْهَر بِهَا حَمْلٌ فَهُوَ مِنَ الأَوَّلِ».

الفصل:

قوله فثاب لها أي زاد، وهذا تأكيد ههنا لا شرط، وجملته أنه إذا طلق امرأته وفيها لبن هو منها فأرضعت به مولوداً نظر، فإن لم يزد هذا اللبن على ما كان عليه بحالٍ فهو للأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل، حملت أمه أو لم يحمل ما لم تضع حملها من الثاني؛ لأن اللبن للأول بيقين، ولم يوجد للثاني سبب أقوى منه فكان الأول أولى به، وإن زاد هذا اللبن وكثر نظر، فإن كان قبل أن يحمل من الثاني أو بعد أن حملت منه ولكن الزيادة قبل أن ينزل اللبن من الثاني في العادة فهو للأول أيضاً، وقيل: أقل مدة ينزل للحمل أربعون يوماً، وإن كانت الزيادة في وقت يمكن أن تنزل للثاني فيه قولان أحدهما: هو للأول دون الثاني، وبه قال أبو حنيفة لأنه نزل قبل الولادة من الثاني فكان للأول كما لو لم يزد.

والثاني: قاله في القديم: هو لهما فيكون من يحرم به على أحدهما تحرم به على الآخر، وبه قال محمد، وزفر، وأحمد؛ لأنه: إذا زاد فالظاهر أنه لأجل الحمل لأنه نزل بسببه فكان اللبن لهما، ويخالف هذا إذا لم يزد لأنه لم يظهر هناك للحمل تأثير، هذا إذا كان لبنها قاراً فيها، فأما إذا انقطع لبنها، ثم نزل نظر فإن كان نزوله قبل الوقت الذي ينزل للثاني فهو للأول قولاً واحداً، وإن كان نزوله في وقت يمكن أن يكون من الثاني نظر، فإن كان الانقطاع يسيراً فيه قولان:

أحدهما: أنه للأول وحده.

والثاني: قاله في «القديم» أنه لهما معاً، وإن كان الانقطاع كثيراً، فقد نص على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه للأول دون الثاني وبه قال أبو حنيفة لما ذكرنا.

والثاني: أنه للثاني دون الأول، وبه قال أبو يوسف لأنه لما انقطع، ثم عاد كان سبب الحمل الحادث فأشبه إذا نزل بعد الولادة.

والثالثة: (ق١٧١أ) أنه لهما معاً، وبه قال أحمد لأن اللبن قد ينقطع، ثم يتوب مثل أن يزوج المولود فيعود اللبن أو تشرب دواء فيحدد ويحتمل الاختلاط باللبن عن الثاني وأما إذا ولدت من الثاني انقطع عن الأول بكل حال، وصار المرضع فاضلاً بينهما ويكون اللبن للثاني قولاً واحداً، وهذا لأن سبب متيقن في إدرار اللبن فكان قاطعاً لسبب الأول،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦١، ٦٢).

وقال أحمد: ههنا أيضاً يكون اللبن لهما كما قبل الولادة، وهذا غلط لما ذكرنا.

وأما قول الشافعي: «ومن لم يفرق بين الولد واللبن، قال: هو للأول ومن فرق قال: منهما جميعاً له ثلاث تأويلات: قال أبو إسحاق: معناه من جعل اللبن كالولد فقال: لا يجوز أن يكون اللبن من اثنين كما لا يجوز أن يكون الولد لاثنين، وإن لم يجز أن يكون الولد لاثنين يقول: إن اللبن للأول، ومن فرق بينهما وقال: يجوز أن يكون اللبن لاثنتين وإن لم يجز أن يكون الولد، قال: ههنا اللبن لهما فأبو إسحاق رد هذه المسألة إلى مسألة قبلها وهو ما قلنا إنه إذا ضاع بسببه هل يجوز أن يكون الولد من الرضاع ابنهما فيه قولان فكانت هي مفرعة على تلك.

ومن أصحابنا من قال: معناه لا يسبق اللبن للولد قبل انفصاله عن أمه وإنما لبنه هو الموجود حين انفصاله، فإن لبنه لم يفارق قال: هو للأول، ومن قال: يفارقه ويسبقه قبل انفصاله قال: هو لهما، ومن أصحابنا من قال: معناه من جعل اللبن للولد الظاهر دون الباطن قال: هو للأول، ومن فرق بينهما وجعل اللبن للظاهر والباطن معاً قال: هو لهما وهذا قريب من التأويل الثاني.

باب الشهادة في الرضاع

مسألة:

قَالَ[1]: «وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لاَ يَحِلُّ لِلرِّجَالِ غَيْرِ ذَوِي المَحَارِمِ أَنْ يَتَعَمَّدُوا النَّظَرَ إِلَيْهِ لِغَيْرِ الشَّهَادَةِ».

الفصل:

(ق١٧١ب) عندنا تقبل شهادة النساء على الانفراد في ثلاثة أشياء الرضاع، والولادة، وعيوب النساء تحت النساء فيقبل فيها شهادة أربع نسوة منفردات ويقبل فيها أيضاً شهادة رجلين، أو شهادة رجل وامرأتين، وبه قال عمر، وابن عباس، ومالك، والزهري، والأوزاعي، وعطاء - رضي الله عنهم.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل شهادتهن على الانفراد إلا في الولادة، وبه قال ابن عمر، وابن أبي ليلى، وهذا غلط لما أشار الشافعي، وهو أن الرضاع والعيوب تحت ثيابهن مما لا يحل لغير ذي محرم، أو زوج أن يتعمد النظر إليها في ذلك حتى يتحمل الشهادة ولا يمكنه أن يشهد على رضاعها بغير رؤية ثديها.

واعلم أن لفظ الشافعي ههنا يدل على أنه يجوز المحرم النظر إلى ثدي المرأة التي تكون من محارمه لأنه قال: وشهادة النساء جائزة فيما لا يحل للرجال غير ذي المحارم أن يتعمدوا النظر إليه بغير شهادة، وهذا هو المذهب.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٢).

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز للمحرم أن ينظر من المحرمة إلا إلى ما يظهر منها غالباً عند الفصلة والمهنة، فمن قال بهذا اعتذر عن هذا النص بأن قال: ثدي المرضعة في أيام الرضاع لضرورة الرضاع يلتحق بأطرافها التي تطهر منها عند الفصلة والمهنة فكذلك جوز للمحرم أن ينظر إليه، فإذا انقضت أيام الرضاع انقضت الضرورة فلا يجوز له النظر إليها حينئذٍ، وقال الزهري، والأوزاعي: تقبل في غير هذه الأشياء شهادة امرأة واحدة، وقال مالك، والثوري: يقبل قول امرأتين، وقال الحسن، وعثمان البتي في الرضاع تقبل شهادة ثلاث نسوة.

وقال أبو حنيفة: تقبل في الولادة خاصة شهادة القابلة وحدها إذا كان هناك نكاح قائم (ق١٧٢أ) أو حمل ظاهر، وهذا كله غلط لأن اللّه تعالى لما أجاز شهادة النساء في الدين جعل امرأتين يقومان مقام رجل واحد ولا بها من الأربع: أو تقول ما قبل فيه شهادة النساء لم تقتصر به على امرأتين كالمال أو كل موضع لا يقبل فيه شهادة رجل واحد يقبل فيه شهادة امرأتين كالمال.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ تُنْكِرُ الرَّضَاعَ وَكَانَتْ فِيهِنَّ أُمُّهَا أَوْ بِنْتُهَا جُزْنَ عَلَيْهَا».

إذا ادعى الزوج أن بينهما رضاء وأنكرت المرأة فقد اعترف الزوج بأنه لا نكاح بينهما فيقبل إقراره في فسخ النكاح؛ لأن حقه وقول الإنسان مقبول في إزالة حق نفسه. فإذا تقرر هذا نظر فيه، فإن لم يكن له بينة على الرضاع قبل إقراره في حق نفسه وهو فسخ النكاح دون حقها وهو المهر، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المسمى، وإن كان بعد الدخول فلها كل المسمى، وإن كانت له بينة، فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها؛ لأنه لم يكن بينهما زوجته، وإن كان بعد الدخول فلها مهر مثلها، فإذا ثبت هذا، فإن الحاكم يقبل فيه شهادة أربع نسوة، وإن كان فيهن أم المرأة أو ابنتها.

قال الشافعي: قبلت شهادتهما عليها؛ لأن شهادة الأم والبنت تقبل عليها، وإنما لا تقبل لها، فإن قيل: كيف تتصور شهادة البنت على أمها من الرضاع؟ قلنا: لا يتصور أن تشهد بأنها أرضعت زوجها في صغرة فلما كبر تزوج بها وتجوز أن تشاهد بنتها ذلك ويجوز أن تكون قد أرضعته أم الزوجة فيكون هو أخاها فتشهد بنتها بذلك.

قال: وإن كانت تدعي الرضاع لم يجزيه أمها ولا أمهاتها ولا بنتها ولا بناتها (ق١٧٢ب) كان ذلك شهادة لها ولا يقبل شهادة الإنسان لأمه وبنته، وإن كان فيهن أم الزوج أو بنته، قبلت شهادتهما، لأنها شهادة على الزوج، وأما الإقرار بالرضاع لا يثبت

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٢، ٦٣).

إلا بشهادة رجلين؛ لأن الإقرار غير نفس الرضاع.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَيَجُوزُ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ الَّتِي أَرْضَعَتْ».

الفصل:

إذا شهدت المرضعة لا يخلو من أحد أمرين، إما أن تدعي أجرة الرضاع أو لا تدعيها، فإن ادعت أجرة الرضاع لم يقبل شهادتها لأنها متهمة في شهادتها، وإن لم تدع أجرة الرضاع قبلت شهادتها؛ لأنها لا تجلب بها منفعة ولا تدفع مضرة فقبلت شهادتها.

وقال في «الحاوي»[٢]: إذا دعت الأجرة ولم تقبل شهادتها في الأجرة هل تقبل في ثبوت التحريم؟ وجهان:

أحدهما: لا تقبل، وهو اختيار ابن أبي هريرة.

والثاني: يقبل، وهو اختيار أبي إسحاق، وهذا يخرج من تبعيض الشهادة وفيه قولان: فإن قيل: أليس تصير محرماً له ويستبيح الخلوة بها والمسافرة منفعته قيل: هذا ليس من الأمور المقصودة التي ترد بها الشهادة ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلاناً أعتق أمته قبلت، وإن كان يحل له نكاحها بالحرية وكذلك إذا شهدا بالطلاق يقبل، وإن كان يحل له المطلقة بالنكاح، فإن قيل: أليس لو شهدت امرأة بأن هذا المولود ولده وأنها ولدته لم تقبل شهادتها، فلذلك إذا شهدت بأن هذا المولود ولده أرضعته بلبنها وجب أن لا تقبل شهادتها. قلنا الوالدة متهمة فإنها يثبت بشهادتها حق الميراث والنفقات، وإسقاط القود وما أشبهه، فإن ذلك (ق١٧٣أ) كان معلق بنسب وليس كذلك بالرضاع فإنه لا يتعلق به من قبل الأحكام شيء فلم تكن متهمة في شهادتها فقبلناها، فإن قيل هذه تشهد أن نفس نسبها فوجب أن ترد شهادتها كالحاكم إذا شهد بما حكم لفلان على فلان بكذا أو كذا، وكالقاسم إذا شهد أنه قسم بين فلان وفلان كذا وكذا لا تقبل، قلنا: الفرق من وجهين:

أحدهما: أن المرضعة لا تشهد على مجرد فعلها وإنما تشهد على إرضاع الصبي سواء وجد من جهتها صنع أو لا ألا ترى أنها لو كانت نائمة فارتضع الصبي منها أو مجنونة فارتضع منها تحرم عليها، وصار ابناً لها وليس كذلك الحاكم والقاسم فإنهما يشهدان على مجرد فعلها فلم تقبل شهادتهما.

والثاني: أن شهادة الحكم، والقاسم تضمن تزكيتهما وتعديلهما فإن الحكم والقسمة لا يصحان إلا من عدل أمين فلم تقبل شهادتهما به وليس كذلك شهادة المرضعة فإنها لا تتضمن تعديلها وتزكيتها؛ لأن الرضاع يصح من الفاسقة وغيرها فافترقا. ثم قال المزني: كيف تجوز شهادتها على فعلها ولا يجوز شهادة أمها، وأراد به أنه إذا جازت شهادة

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٣).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٠٥).

المرضعة على فعلها فشهادة ابنها وأمها أجوز في القياس.

قال أصحابنا: قدر المزني أن الشافعي أبطل شهادة أم المرضعة وأجاز شهادتها على فعل نفسها، فقال هذا، وهذا وهم من المزني، وإنما أراد الشافعي أن المرأة إذا ادعت على زوجها أن بينهما رضاعة فإنه لا يقبل قولها عليه ولا تقبل شهادة أمها وبنتها من النسب.

فأما الأجنبية إذا شهدت لها على فعل نفسها قبلت (ق١٧٣ب) شهادتها لأنها غير متهمة فيه، وكذلك يقبل شهادة أمها وبنتها فبطل ما قدره المزني، فإن قيل: لعل المزني أراد بذلك شهادة المرضعة التي باشرت الإرضاع لا شهادة أم المرضعة التي أرضعت الأفواه، قال: وكيف يجوز شهادتها على فعلها ولا يجوز شهادة أمها فرد الكنايتين إليها، قلنا: وهل يجهل أحد من نفسه أن شهادة التي باشرت الإرضاع وشهادة أمها سواء في القبول، والشافعي إنما أجاز شهادة أم المرضعة إذا شهدت عليها ولم يتكلم في شهادة أم المرضعة فكيف اعترض المزني على ما لم يتكلم فيه الشافعي فعرفت أن هذا الاعتذار عن المزني اعتذار غير صحيح.

مسألة:

قَالَ(١): «وَيُوقِفْنَ حَتَّى يَشْهَدْنَ أَنْ قَدْ رَضَعَ الْمَوْلُودُ».

الفصل:

أراد به كيفية الشهادة على الرضاع، وجملته أن الشهادة على الرضاع لا تقبل مطلقة وهو أن تقول إنها أخته من الرضاع أو أمه ولا بد من أن تكون مبنية وهو أن يقول: أشهد أن هذا المولود ارتضع منها خمس رضعات متفرقات في الحولين، ووصل كل رضعة إلى جوفه، وهذا لأن للناس خلافاً في وقت الرضاع وعدده ولا بد من البيان.

فإن قيل: هو لم يشاهد وصول اللبن إلى جوفه فكيف يجوز أن يشهد به؟ قيل: إذا علم الشاهد أن في الضرع لبناً والتقمه الصبي وحرك شفتيه مصاً، فإن نزول اللبن إلى جوفه إن لم يحصل له أتعلم به قطعاً فقد حصل بظاهرٍ قوي وما تعذر الوقوف عليه بالمشاهدة أو السماع اكتفى فيه بالظاهر كما لو شهد الشاهد بالملك والنسب بالاستفاضة (ق١٧٤أ).

قال الشافعي: فإن أخذت المرأة رأس الصبي تحت ثيابها فالتقم من ثديها فرأى ذلك فشهد بالرضاع لم يحكم به ولم تكن شهادة لأنه بعد أن يأخذ تحت ثيابها شيئاً فيه لبن فيمتص منه المولود ولا يكون جملة ولا يكون ذلك من لبنها، فإذا كان كذلك فلا بد من مشاهدة الثدي وامتصاص الصبي منه على ما بيناه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٣).

ثم اعلم أن الرضاع إن كان لا يثبت إلا بأربع نسوة، فإذا شهدت امرأة أو أخبرت بالرضاع فالاحتياط أن لا ينكحها، وإن كانت تحته فالاحتياط أن يطلقها والدليل عليه ما ذكر الشافعي من خبر السوداء وتمامه ما روي أن عقبة بن الحارث تزوج بأم يحيى بنت أبي أهاب بن عمر فجرت بينها وبين امرأة سوداء في جوارها خصومة، فأشاعت السوداء الخبر في الجيران أني أرضعتها وزوجها، فسمعه عقبة بن الحارث فساءه ذلك فسأل أهله وأهلها؛ فقالوا: لا نعلم أنها أرضعتك وذلك بمكة فركب إلى المدينة، وقال: يا رسول اللّه إني تزوجت بابنة أبي أهاب فزعمت امرأة سوداء أنها أرضعتني وإياها، فواللّه ما أرضعتني ولا أخبرتني قبل ذلك فأعرض عنه رسول الله ﷺ فأعادها فقال له في الثالثة أو الرابعة: «كيف وقد زعمت السوداء أنها أرضعتكما».

وروي أنه قال: «كيف وقد قيل» فطلقها بين يدي رسول الله ﷺ قال الشافعي: إعراض رسول الله ﷺ يشبه أن يكون كره له أن يقيم معها، وقد قيل إنها أخته من الرضاعة وهو في معنى ما قلنا يتركها ورعاً لا حكماً.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ هَذِهِ أُخْتِي مِنَ الرَّضَاعَةِ أَوْ قَالَتْ هَذَا أَخِي مِنَ الرَّضَاعَةِ».

الفصل:

إذا اعترف الرجل أن هذه ذات محرم لي من رضاع بنتي أو أختي أو اعترفت لا يخلو إما أن يكون قبل النكاح (ق١٧٤ب) أو بعده، فإن كان قبل النكاح فإن كان هو الذي أقرّ بذلك لم يحل له نكاحها لأنه حق عليه وإن كانت هي أقرب بذلك لم يحل لها أن تتزوج به لأنه إقرار فيما هو عليها وقبل ذلك على نفسها ولا يتعلق به ضرر على غيرها هذا إذا كان في وقت يمكن ذلك فإن كان على وجه لا يمكن ذلك مثل أن يقول لمن هو أكبر سناً منه هذه بنتي أو تقول الزوجة: هذا ابني وهو أكبر سناً منها سقط قولهما ولا اعتبار به خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يحرم بذلك كما قال إذا قال لعبده وهو أكبر سناً منه هذا ابني يعتق فإذا ثبت هذا فكل موضع صح الاعتراف نظر فإن أقاما عليه فالحكم على ما مضى، وإن رجعا عنه وقالا: كذبنا وليس بيننا حرمة الرضاع، فإن كان الإقرار صحيحاً حرمت عليه في الظاهر والباطن وإن كان الإقرار كذباً حرمت في الظاهر دون الباطن.

وعند أبي حنيفة: الإصرار على هذا الإقرار شرط، فإذا رجعا جاز النكاح، وهذا غلط لأن الإقرار إذا كان محرمه من حرمات اللّه تعالى على التأييد كان الرجوع عنه محالاً كما لو أقرّ بنسبٍ أو أقرب به، ثم رجع لا يقبل رجوعه والرضاع يجري مجرى النسب

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٥).

وإن كان هذا النكاح نظر، فإن كان الزوج هو الذي قال هذا فرق بينهما فإن كذبته أخذت نصف المسمى إن كان قبل الدخول أو كل المسمى إن كان بعد الدخول، وإن كانت هي المدعية أفتيته بأن يتقي اللّٰه ويدع نكاحها بتطليقة فتحل بها لغيره، وإن كانت كاذبة وأحلفته لها، فإن نكل حلفت وفرق بينهما، وإذا حلف الزوج يحلف على العلم وتحلف المرأة على البنت أنها أخته.

قال القفال: ولو قيل إنها تحلف على العلم إثباتاً فيقول: واللّٰه لا أعلم أنه أخي من الرضاع ليكون يمين الرد موافقاً ليمين الابتداء كان أولى ثم لا مهر لها قبل الدخول (ق١٧٥أ) سواء حلف أو نكل لأنها لا تدعيه.

وقال في الحاوي[1] في صف يمينه وجهان:

أحدهما: على العلم ليمين الزوجة إذا أنكرت الرضاع.

والثاني: البت والقطع، والفرق وإن كانتا على نفي فعل الغير أن في يمين الزوج مع تصحيح العقد فيما مضى إثبات استباحة في المستقبل فكانت على البت تغليظاً ويمين الزوجة لبقاء حق وجب بالعقد فكانت على العلم تحقيقاً.

فرع:

لو شك الزوج فلا يقع في نفسه صدقها ولا كذبها هل يجوز إحلافه وجهان بناء على الوجهين في صفة يمينه.

أحدهما: يجوز أن يحلف إذا قلنا يمينه على نفي العلم وله أن يستمتع بها حكماً وصار أن يفارقها فدعا.

والثاني: ليس له أن يحلف إذا قلنا يمينه على البنت وهو بالخيار بين أمرين: إما أن يرد عليها اليمين فإذا حلفت فسخ النكاح بيمينها.

وإما أن يطلقها واحدة لتحل لغيره من الأزواج وهذا أولى الأمرين.

فرع آخر:

لو قال بيني وبينها رضاع افتقر التحريم إلى ذلك العدد، ولو قال: هي أختي من الرضاع، فإن كان من أهل الاجتهاد لم يفتقر إلى ذكر العدد، لأن في اعترافه بأخوتها التزاماً لحكم التحريم بالعدد المحرم، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ويحتمل وجهين:

أحدهما: يلزم ذكر العدد ويرجع فيه إليه بعد إقراره لجهله بالتحريم.

والثاني: لا يلزم ذكر العدد ولا يرجع إليه بعد إطلاق الإقرار، كما لا يرجع إليه في صفة الطلاق بعد إقراره بالطلاق ويفارق الشهادة تفتقر فيها إلى صفة الرضاع وذكر العدد لأنها لا تصح إلا عن مشاهدة فاستوى فيها شروط المشاهدة وفي الإقرار لا يحتاج إلى

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/٤٠٨).

المشاهدة لأنه لا يشاهد رضاع نفسه من لبن أمه وإنما يعمل فيه على الخبر الذي وثق بصدقه، ولأن من الشهادة إلزام حق على غير الشاهد فبنى على (ق١٧٥ب) الاحتياط في نفي الاحتمال والإقرار إلزام حق على المقر فكان في ترك الاحتياط تقصير من المقر فألزم حكم إقراره.

فرع آخر:

لو شهد اثنان بالرضاع وقالا: تعمدنا بالنظر إلى الثدي لا لإقامة الشهادة لم يقبل لأنهما أخبرا عن فسق.

فرع آخر:

لو قالت: أرضعت البارحة طفلاً خمساً لا أدري هو ذا أم ذا حرما عليه ولو قالت: لا أدري ابني هذا أو ذا الطفل الأجنبي فالورع أن لا يتزوج بالطفل وجاز في الحكم.

فرع آخر:

قال القفال عن الشافعي: لو زوجت البكر بغير إذنها فادعت رضاعاً بينها وبين زوجها فالقول قولها مع يمينها ولو استؤذنت أو كانت ثيباً فأذنت ثم ادعت هذا لا يقبل لأنها معذورة إذا لم تستأذن وغير معذورة إذا استؤذنت.

قال الإمام الجويني من المنهاج: ظاهر كلام الشافعي ههنا أنه لا يقبل دعواها ولا فرق بين أن تكون بكراً وبين أن تكون ثيباً فيحتمل أن يكون الشافعي قصد بالتصوير في الثيب دون البكر ويحتمل أن تكون الثيب والبكر سواء، لأن الأب قام مقامها في حق العقد فهي كالمستأذنة، وإن كانت غير مستأذنة والعادة أن الأب يستقضي ويستبرىء ويحتاط ثم يعقد عليها العقد.

فرع آخر:

لو شهد شاهدان بالطلاق ففرق الحاكم بينهما، ثم رجعا عن الشهادة يعرفان فلو شهد شاهدان بأنها أخت الزوج من الرضاع سقط الغرم عن شاهدي الطلاق لأنا علمنا أنهما لم يتلفا عليه ملكاً ولا حالاً بينه وبين ملكه.

فرع آخر:

لو تزوج رجل ثلاث نسوة كبيرتين وصغيرة فأرضعت كل واحدة منهما هذه الصغيرة أربع رضعات، ثم حلبت كل واحدة منهما حلبة، ثم مزجا في إناء واحد ثم أوجز ماءها معاً هذا اللبن انفسخ نكاح الثلاث (ق١٧٦أ) لأنه جمع بين امرأة وأمها وحرمت الكبيرتان على التأييد، وأما الصغيرة في التفضيل إن كان دخل بالكبيرتين أو بإحداهما حرمت على التأييد لم يكن دخل بواحدة منهما حلت له. وأما المهر فللصغيرة نصف المسمى ويرجع

على الكبيرتين بنصف مهر مثل الصغيرة على كل واحد منهما رجعياً.

وأما الكبيرتان فإن كان دخل بها ثبت لكل واحدة جميع مهرها على كل واحدة منهما بنصف مهر مثل صاحبتها لأنهما كانتا السبب في فسخ النكاح معاً فسقط ما قابل فعلها ووجب نصف المهر لأجل فعلها، وإن لم تكن دخل بهما ثبت لكل واحدة منهما ربع مهرها؛ لأن الفسخ جاء من قبلها وقبل غيرها، فثبت نصف النصف وهو الربع وترجع على صاحبتها بربع مهر مثلها لأنها أتلفت عليه نصف البضع، والبضع ههنا مضمون بنصف المهر.

قال أبو حامد: ويحتمل أن يقال يرجع عليه بنصف المهر والأول أصح هذا إذا أوجرناها اللبن معاً، فإن أوجرها اللبن إحداهما انفسخ نكاح الكل، وكان للصغيرة نصف المسمى وترجع هي على التي أوجرتها بمهر مثل الكبيرة الأخرى ولا ترجع في حق نفسها بشيء لأن الفسخ جاء من قبلها بعد الدخول، وإن لم يكن دخل بها سقط مهر السابقة ولغير السابقة المسمى وترجع بما غرم على ما فصلناه.

وإن كانت المسألة بحالها لها فأرضعت إحداهما الرضعة الخامسة دون الأخرى انفسخ نكاح التي أرضعت ونكاح الصغيرة معاً دون التي لم ترضع والحكم والرجوع كما لو كان له زوجتان صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة، وقد مضى، وهذا فصل متسع التفريع وفيما ذكرنا كفاية فقص عليه ما يرد عليه إن شاء اللّه تعالى.

(ق١٧٦ب) باب رضاع الخنثى

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِنْ كَانَ الأَغْلَبُ مِنَ الخُنْثَى أَنَّهُ رَجُلٌ نَكَحَ امْرَأَةً».

الفصل:

إذا رضع الخنثى بلبنه مولوداً فإن بان أنه رجل لم تثبت الحرمة بلبنه، وإن بان أنه امرأة ثبتت الحرمة بلبنها وكان ولداً لها، وإن كان مشكلاً وقف الأمر إلى أن يتبين، هكذا قال أبو حامدٍ وجماعة، وقال القاضي الطبري: إذا كان مشكلاً قلنا له: ارجع إلى طبعك، فإن مال طبعك إلى أن يكون رجلاً كنت رجلاً لا تثبت الحرمة بلبنك، وإن مال طبعك إلى أن تكون امرأة كنت امرأة وكان المرضع ولدك، وإن قال: لا يميل إلى طبعي إلى أحدهما وليس لأحدهما على الآخر عندي مزية.

قال أبو إسحاق: يعرض لبنها على القوابل:

فإن قلن: هذا اللبن على غزارته لا يكون إلا لامرأة حكم بأنه امرأة وأن لبنه يحرم. وإن قلن يجوز أن يكون مثل هذا اللبن للرجل لم تثبت الحرمة بلبنه ويوقف إلى أن يكشف

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٥).

الأمر، وقال غيره: لا يكون اللبن دليلاً على الأنوثة بحال لأنه قد يكون للرجال.

وقال ابن أبي هريرة: إذا عدمت الأمارات كلها وعدم شهوتها في الميل يجعل اللبن دليلاً بكل حالٍ، وهذا خلاف ظاهر المذهب، وقد ذكرنا فيما تقدم الأمارات الدالة على الذكورة والأنوثة وقيل المال أعم ملقى العضو فيقدم الاستدلال به، فإن لم يكن تعتبر المنفعة الخاصة وهو المني وذلك عند البلوغ، فإن أمنى من ذكره فهو رجل، وإن أمنى من فرجه فهو امرأة، وإن أمنى منهما فلا بيان فيه، وهل يعتبر الحيض وجهان:

أحدهما: يعتبر فإن حاض فهو أنثى، وإن لم يحض فهو ذكر.

والثاني: الاعتبار بالحيض، وإن اعتبر المني لأنهما يشتركان في المني ويختلفان في مخرجه فجاز أن يكون معتبراً (ق١٧٧أ) كما [يشتركان] في البول ولا يشتركان في الحيض، ويجوز أن لا يكون الدم حيضاً فلم يعتبر. ذكره في «الحاوي»[1] والله أعلم.

وأما قوله ههنا: «وَإِنْ كَانَ مُشْكِلاً فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ بِأَيِّهِمَا شَاءَ» عبارة مشكلة وليس معناها أنه يختار ما شاء ولكن معناها أن الواجب عليه مراجعة نفسه ليتأمل أمارات بلوغ شهواتها ثم يخبر عن نفسه بأنه رجل أو امرأة، فإذا أخبر بواحد منهما لزم ولا يمكن الرجوع بحالٍ.

فرع:

لو ارتضعت الصغيرة من أم زوجها رضعتين والأم نائمة وأرضعتها الأم تمام الخمس والصغيرة نائمة فيه وجهان:

أحدهما: يسقط عن نصف المسمى نصفه وهو الربع.

والثاني: يُقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى خمسان ويجب ثلاثة أخماسه. وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما قبل والله أعلم.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٥٠٥).

كتاب النفقات

باب وجوب النفقة للزوجة من كتاب النفقة

قَالَ[1]: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾ [النِّسَاء: ٣]، أي لا يكثر من تعولون.

الأصل في نفقة الزوجات الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾ [النِّسَاء: ٣] فلولا أن النفقة واجبة عليه لهن ما ندبه إلى واحدة حذراً من المؤنة. وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣]، وقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ﴾ [الطّلَاق: ٧]، ومعنى ﴿قَدَرٍ﴾ [طه: ٤٠] أي ضيق.

وأما السنة فما روى أبو هريرة رضي اللّه عنه أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ (ق١٧٧ب) فقال: يا رسول اللّه معي دينار فقال: أنفقه على نفسك فقال: معي آخر، فقال: أنفقه على ولدك، فقال: معي آخر فقال: أنفقه على أهلك فقال: معي آخر، فقال: أنفقه على خادمك فقال: معي آخر، فقال: أنت أعلم به، وروي: أنفقه في سبيل اللّه.

وروي أنه قال: «أنت أبصر» وروي أنه قدم الأهل، ثم قال: «أنفقه على ولدك» والرواية الأولى أصح.

وقال سعيد بن أبي سعيد المقبري: كان أبو هريرة إذا حدث بهذا الحديث يقول: ولدك، يقول: أنفق علي إلى أن تكلني، ويقول زوجك: أنفق علي أو طلقني، ويقول خادمك: أنفق علي أو بعني، وكان يقول: هذا من كيسي فذكر فيه جميع الجهات التي يستحق بها النفقة وهي الزوجة والقرابة والملك ولكن النفقة تجب في النكاح من جانب واحد فإنه يجب نفقتها على الزوج ولا تجب نفقته عليها وكذلك في الملك تجب للمملوك على المالك ولا تجب للمالك على المملوك وفي القرابة يتصور من الجانبين على البدل فإنها تجب للابن على الأب، وللأب على الابن.

وأيضاً ما روت عائشة رضي اللّه عنها، قالت: جاءت هند أم معاوية إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما

(١) انظر الأم (٥/٦٦).

أخذت منه سراً وهو لا يعلم فهل علي في ذلك من شيء فقال لها النبي ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فدل هذا على وجوب نفقة الزوجة والأولاد، وفي هذا الخبر فوائد:

أحدها: ما ذكرنا.

والثاني: أنه يجوز للمرأة أن تخرج من بيتها لحاجة وتستفتي العلماء فيما يعرض لها.

والثالث: أن صوتها ليس بعورة، لأن النبي ﷺ سمع كلامها (ث١٧٨أ) وأجابها.

والرابع: أن للإنسان أن يذكر ما في غيره من عيب عند الحاجة فإنها قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح ولم ينكر عيبها.

والخامس: أن للحاكم أن يحكم بعلمه فإنه لم يطالبها بالبينة ومن قال: لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه قال: هذا ذكر على سبيل الفتوى لا على الحكم.

والسادس: أنه قضى على الغائب وعندما يجوز ذلك خلافاً لأبي حنيفة وقيل: وهو الأشبه هذا لم يكن قصاً بل كان فتوى لأنه لم ينقل أن أبا سفيان كان غائباً عن البلد ولم يسبق الدعوى وإقامة الحجة.

والسابع: أنه يجوز لمن له حق على غيره فمنعه منه أن يأخذ من ماله بغير علمه.

والثامن: أنه يجوز أن يأخذ من جنس حقه ومن غيره، لأن النبي ﷺ لم يفصل ذلك عليها.

والتاسع: أن النفقة لها ولولدها تنفق بالمعروف.

والعاشر: أن نفقة الولد على الأب دون الأم.

والحادي عشر: أن الأم الرشيدة قيمة ولدها.

وقد اختلف أصحابنا في هذا وظاهر المذهب أنها لا تلي ذلك من غير توليه ولكن الأصح ما ذكره الإمام الجويني صاحب المنهاج وأنا أفتي به لأن النبي ﷺ أمر هنداً بأن تأخذ من مال أبي سفيان وتنفق على صغار ولدها منه.

فإن قيل: من جعل الأم قيماً يجعلها فيما بعد موت الأب فكيف يحتج بخبر هند وأبو سفيان، يومئذٍ حي، قيل: إذا أجاز لها رسول الله ﷺ أن تأخذ عند امتناع أبي سفيان وشحة ماله وتنفق وتقوم بمصلحة الأولاده التي لا يقوم بها أبوهم (ق١٧٨ب) استنبطنا من ذلك جواز قيامها بعد وفاة الأب.

فإن قيل: إنما جاز لهند القيام بنصب رسول الله ﷺ إياها لا بمعنى الأمومة. قلنا: الظاهر من كلام رسول الله ﷺ أنه قصد الفتوى على ما ذكرنا. وأيضاً روي عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه، قال: قلت: يا رسول اللّه ما حق زوجة أحدنا عليه، قال: أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في المبيت فدل على وجوب النفقة والكسوة لها، وفي قوله: ولا تضرب الوجه دليل على

جواز ضربها على غير الوجه، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ضرب الوجه نهياً عاماً في الآدمي والبهيمة، وقوله: ولا تقبح معناه لا يسمعها المكروه ولا تشتمها بأن تقول: قبحك اللَّه ونحو ذلك.

وقوله: ولا تهجر إلا في المبيت أي لا تهجرها إلا في المضجع ولا تتحول عنها أو تحولها إلى دار أخرى.

وأيضاً روى عبد اللَّه بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ أنه قال: «كفى بالمرء إنما أن يضيع من يعول».

وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه، وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة عن الزوج بمنعها من التصرف والأسباب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن خبر أي سريره دليل على أن نفقة الرجل على نفسه مقدمة على نفقة زوجته وولده وخادمه، وأن نفقة ولده مقدمة على نفقة زوجته، وأن نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الخادم في ظاهر الخبر إشكال (ق١٧٩أ) وهو أنه يوهم أنه إذا أنفق على نفسه ديناراً لزمه أن ينفق بما فضل عن الدينار على زوجته وليس كذلك بل إذا ملك دنانير ونفقته تستغرقها لم يلزمه نفقة ولده، والقصد من سؤال القائل وجواب رسول الله ﷺ مراتب النفقات لا مقاديرها. ثم اعلم أن إسماعيل بن إسحاق القاضي المالكي اعترض على الشافعي فقال ما قاله من التفسير في قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾ [النِّسَاء: ٣] غلط ومعناه أي لا تجوروا بترك القسم بينهن والميل إلى بعضهن.

والدليل عليه قول الشاعر:

وميزان قسط لا يحيف شعيرة ووزان عدل وزنه غير مائل

يعني: غير جائز، قلنا: الغلط ما قلت يقال عال يعول إذا فات.

وقال ﷺ: «خير الصدقة عن ظهر غنى وليبدأ أحدكم بمن يعول» يريد بمن يمون.

وقد روي عن ابن مسعود رضي اللَّه عنه أنه قرأ ذلك: أدنى ألا تعولوا أي لا يكثر من تعولون. وقال الكسائي: سمعت العرب تقول: عال يعول. معناه: كثر عياله وأعال إذا كثر عياله وأعال في كلامهم أكثر.

وروي عن زيد بن أسلم مولى عمر رضي اللَّه عنه أنه فسره بذلك فاتبع الشافعي فيه الأثر، وروي عن ثعلب مثل ما ذكرنا عن الكسائي.

مسألة:

قَالَ[1]: «أَنْ يَقْتَصِرَ الرَّجُلُ عَلَى وَاحِدَةٍ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٧).

الفصل:

إنما استحب الشافعي الاقتصار على امرأة واحدة ليكون أسلم لدينه وأبعد من الغرر فربما يقع فيما لا يمكن القيام بواجبه من النفقة والكسوة والقسم.

وقال ابن داود، وطائفة من أهل الظاهر الأولى (ق١٧٩ب) أن يستكمل نكاح الأربع إذا قدر على القيام بها ولا يقتصر على واحدة؛ لأن النبي ﷺ مات عن تسع نسوة، وقال ﷺ: «تناكحوا تكاثروا» وهذا غلط لأن النبي ﷺ كان معصوماً من الميل والجور، وتضييع الحقوق بخلاف الأمة. وأما قوله: «تناكحوا تكثروا» إنما ندب إلى الاستكثار من النسل وذلك لا يتعلق بكثرة النساء، فقد يولد للرجل من المرأة الواحدة عدة أولاد ولا يولد من النسوة مثل ذلك.

وقال صاحب «الحاوي»[(١)] أولى المذهبين عندي اعتبار حال الزوج، فإن كان ممن لا تقنعه الواحدة لقوة شهوته وكثرة جماعه فالأولى أن ينتهي إلى العدد المقنع من اثنتين أو ثلاث أو أربع ليكون أغض لطرفه وأعف لفرجه وإن كان يقنعه الواحدة فالأولى أن لا يزيد عليها وهذا حسن.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَفِي القُرْآنِ وَالسُّنَّةِ بَيَانُ أَنَّ عَلَى الرَّجُلِ مَا لَا غِنَى بامْرَأَتِهِ عَنْهُ مِنْ نَفَقَةٍ وَكُسْوَةٍ وَخِدْمَةٍ».

الفصل:

جملته أن على الرجل نفقة امرأته وكسوتها على ما يجيء بيانه فيما بعد إن شاء اللَّه.

وأما الخادم فإن كان مثلها مخدومه في العادة لفضلها وجلالتها فعليه إخدامها، وإن كان مثلها لا يخدم لخساسها وضعه نسبها فليس عليه إخدامها بل يخدم نفسها والمرجع في هذا إلى العرف والعادة ولا يعتبر ما ترتب المرأة نفسها به، فإن كانت دنية فكبرت لم يجب عليه إخدامها، وإن كانت جليلة فتواضعت وخدمت نفسها لم يسقط إخدامها متى طلبته، فإن مرضت أو زمنت واحتاجت إلى من يخدمها وجب عليه إخدامها دنية كانت أو جليلة كما إذا كان له ابن صغير يلزمه نفقته، وأن يخدمه خادماً، وقيل: يعتبر من كون المرأة مخدومة عرف الشرع وعرف البلد (ق١٨٠أ) فإن عادة أهل مصر الاستخدام وعادة أهل السواد أن يخدموا ولا يستخدموا.

وقال داود: لا يجب إخدامها لما روي أن فاطمة رضي اللَّه عنها طلبت من علي رضي اللَّه عنه جارية فقال لها: اطلبي من أبيك ﷺ فطلبت فلم يعطيها، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [النِّسَاء: ١٩] وهذا من المعروف، ولأن الخدمة من جملة

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤١٧).
(٢) انظر الأم (٥/ ٦٧).

كفايتها فأشبه الإدام.

وأما خبر فاطمة رضي اللَّه عنها، قلنا كان زوجها في ذلك الوقت معسراً وإنما يجب ذلك على الموسر.

واعلم أن الشافعي قبل إيجاب الخادمة ونفقتها وكسوتها بحالة زمانة الزوجة ومرضها، فقال: وخدمه في الحال التي لا تقدر على ما لإصلاح لبدنها من زمانة ومرض إلا به، فأوهم أن الزوجة إذا كانت صحيحة البدن ليست بها زمانة ولا مرض فليس على الزوج أن يعطيها نفقة الخادمة.

ثم قال المزني: قال الشافعي في كتاب عشرة النساء أن يكون عليه لخادمها نفقة إذا كانت ممن لا تخدم نفسها، وقال في كتاب العشرة أيضاً: إذا لم يكن لها خادم فلا يتبين أن يعطيها خادماً ولكن يجبر على من يصنع لها الطعام الذي لا تصنعه هي ويدخل عليها ما لا تخرج لإدخاله من الماء وما يصلحها وما يجاوز به ذلك.

ثم قال: قد أوجب لها في موضع من هذا الكتاب نفقة خادم، وقال في كتاب النكاح: إملاءً على مسائل مالك والمجموعة، وقاله في كتاب النفقة، وهو أولى بقوله لأنه لم يختلف قوله أن عليه أن يزكي عن خادمتها فكذلك ينفق عليها، ومما يؤكد ذلك ولو أراد أن تخرج عنها أكثر من واحدة أخرجهم فتوهم المزني أن للشافعي قولين في وجوب نفقة الخادمة واختار لنفسه الإيجاب على أصل الشافعي.

واحتج بزكاة الفطر كما ترى فقال للمزني بهذا الجواب (ق١٨٠ب) يزول الإشكال والوهم، وأن نفقة الخادم واجبة إذا كانت مخدومة في عشيرتها ولهذا أوجب زكاة الفطر عنها على الزوج، وقد علمت أنها المزني أن زكاة الفطر تابعة للنفقة فلو اختلف قوله في وجوب نفقتها لاختلف قوله في وجوب زكاة الفطر عنها، وقد ذكرت أن قوله لم يختلف في وجوب زكاة الفطر عنها فكيف توهمت اختلاف قوله في وجوب نفقتها.

وأما تقييد الشافعي في كلامه بالمرض والزمان يحتمل معنيين:

أحدهما: أنه نص على أظهر الحالين من وجوب نفقة الخادم في حال صحة الزوجة وكثيراً ينص الشافعي على أظهر الصورتين ولا يقصد الفرق بين الصورتين.

والثاني: أنها إذا كانت مريضة أو زمنة يحتاج إلى زيادة الخدمة ويستغني عن ذلك في زمان الصحة فأراد أن يبين وجوب زيادة المونة على الزوج في الخدمة لأنا، إن كنا لا نوجب على الزوج أجر طبيب ولا حجام فإنا نوجب عليه النفقة المعتادة في حالتي المرض والصحة أو قيل بحالة المرض تسوية بين المعسر والموسر، فإن امرأة المعسر في حالة المرض يستحق الخادمة أيضاً.

وأما قوله في كتاب عشرة النساء: «يحتمل أن يكون عليه لخادمها نفقة فليس في ذلك تعليق القول.

وقد ذكر الشافعي لفظ الاحتمال في مواضع ولم يقصد تعليق القول وكذلك قال في

مسائل كثيرة: ولا يتبين لي كذا وكذا ولم يقصد به القولين في المسألة، وقيل: أراد ويحتمل الكتاب والسنة أن يكون فيها دليل على وجوبها وإنما قال الشافعي عليه نفقة خادمها، إذا كانت مثلها تخدم والذي قال: لا نفقة عليها لخادمها أراد إذا كانت لا يخدم مثلها وزكاة الفطر على هذا أيضاً ولا فرق بينهما.

فرع:

كل موضع أوجبنا لها الإخدام (ق١٨١أ) لا يزاد على خادم واحد لأن فيه كفاية في خدمة نفسها ولا تجب على الزوج إقامة من يحفظ مالها ويقوم بحملها، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد، وقال مالك: إذا كانت ممن يخدم في بيت أبيها بخادمين أو أكثر وجب لها لأنها تحتاج إلى ذلك وهذا غلط لقوله ﷺ خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف والمعروف خادم واحد، ولأن الزيادة على الواحد ما يحتاج إليه لمالها فلا يلزمه القيام به ولهذا لا يلزمه زكاة مالها ويلزمه زكاة بدنها ولا يفتقر هذا الحكم بفقر الزوج وغنائه إلا إذا كان فقيراً ينفق نفقة المعسرين عليها وعلى خادمها.

فرع آخر:

قال أبو إسحاق: الزوج بالخيار بين أربعة أشياء: إما أن يشتري لها خادماً ينفق عليه ويزكي عنه، أو يستأجر لها خادماً ينفق عليه ولا يزكي عنه، أو يكون لها خادم، وقد رضيت خدمته وهي تريده فيلزم الزوج أن ينفق عليه ويزكي عنه، أو يخدمها بنفسه.

ومن أصحابنا من قال: هو بالخيار من ثلاثة أشياء وهي ما ذكرناها أولاً فأما إذا أراد أن يخدمها بنفسه فإن رضيت فله ذلك، وإن كرهت خدمته وجب عليه أن يخدمها بغيره؛ لأن العادة أن المرأة تحتشم استخدام زوجها فتكون ضرر عليها، والأول أصح ولا يلزمه أن يملكها خادماً بلا خلاف.

وقال القفال إذا قال: أخدمك بنفسي وأقوم بما لا تصنعين من كنس البيت وغسل الثياب واستبقاء البيت وغير ذلك فله ذلك إلا في أمور تحتشم من استخدامه مثل حمل الماء إلى المستحم وصب الماء على اليد للغسيل ونحو ذلك مما يرجع إلى خدمة نفسها فلها الامتناع لأنها تستحي من استخدامه في مثل ذلك، وهذا حسن لم يقله غيره.

فرع آخر:

لو قالت: أنا أخدم نفسي فأعطني أجرة الخادم لم يلزمه ذلك لأنها إذا لم تختر أن تترفه بخدمة غيرها ورضيت بتحمل المشقة سقط حقها (ق١٨١ب) ولم تستحق العوض كما تقول في العامل في مال المضاربة له أن يبدل الأجرة للحمال والثقال والمنادي ولا يلزمه أن يتولى ذلك بنفسه، فإن رضي يتحمل المشقة وعمل ذلك بنفسه لم يجز له أن يأخذ من المال أجرته كذلك ههنا.

فرع آخر:

ينبغي أن يخدمها في جوف دارها النساء أو محرمها أو صبي لم يحتلم، وأما الشيخ الهم ومملوكها وجهان بناء على الوجهين في عورتها معهما.

فرع آخر:

لو أراد أن يستخدم لها من خالف دينها من اليهود والنصارى فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: يجوز لحصول الخدمة بهم ولأنهم ربما كانوا أذل نفوساً وأسرع في الخدمة، وقال غيره: لا يجوز، لأن النفوس ربما تعاف استخدامهم وربما لم يؤمنوا العداوة الذين، ولو قيل: يجوز أن يقوموا بالخدمة الخارجة دون الداخلة كان وجهاً.

فرع آخر:

لو اختارت امرأة لخدمتها واختار الزوج غيرها فيه وجهان:

أحدهما: الخيار لها، لأن الخدمة حق لها وربما كانت التي تطلبها أقوم بخدمتها.

والثاني: الخيار إلى الزوج لأن عليه الإخدام فلا يتعين عليه الجهة نفقتها ولأنه قد يتهم من تختاره المرأة فكان الاختيار إليه.

فرع آخر:

لو كانت عندها خادمة حرة أو مملوكة لها فأراد الزوج إخراجها وإبدالها بغيرها فليس له ذلك إذا لم يكن بها عيب أو ظهرت بها خيانة توجب ذلك لأنا لو ملكناه من ذلك فكلما ألفت خادماً واعتادت خدمتها أبدلها فيلحقها ضرر فيه، ولو كان لها غلام له أن يخرج عنها أكثر من واحدة فيقول: لا أدعهن في بيتي وكذلك لو كان لها مال في بيته له أن يكلفها إخراجه من بيته بغير أمره فله أن يكلفها إخراجه من بيته، ذكره القفال وهو حسن صحيح.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَيُنْفِقُ الْمُكَاتَبُ عَلَى وَلَدِهِ مِنْ أَمَتِهِ».

(ق١٨٢أ) صورة المسألة أن يشتري لها كانت جارية للتجارة، وقلنا له: أيطأها لأنه ليس له أن يطأ الأمة تملك اليمين أذن السيد أو لم يأذن في أصح القولين فخالف ووطئها وأولدها لا يجب الحدّ عليه لشبهة الملك ويلحق به النسب ويكون الولد مملوكاً له فيلزمه أن ينفق عليه معنيين:

أحدهما: أنه مملوك له ويلزمه أن ينفق على مماليكه الذين اشتراهم كذلك على هذا.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٩).

والثاني: أنه ليس له الإنفاق عليه تعزيرها في يده من المال لأنه لا يخلو إما أن يعتق أو يرق، فإن عتق فالمال الذي في يده له، وقد أنفق منه على ولده، وإن عجز ورق فهو وولده مملوكاً للسيد وما في يده من المال ملك السيد فكأنه أنفق من مال السيد على عبيده فلم يكن فيه تعزير به.

فرع:

لو وهب للكاتب أبوه أو ابنه وهما كسوبان فله أن يقبل، فإن كان زمناً أو غير كسوب أو الولد صغيراً فليس له أن يقبل فإن اتهب ابنه الكسوب فمرض فعليه أن ينفق من مال الكتابة كما لو مرض المكاتب بنفسه أنفق على نفسه من ذلك. ذكره القفال.

مسألة:

قَالَ(1): «وَلَوْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ مُكَاتَبَةٍ وَلَيْسَ كِتَابَتُهُمَا وَاحِدَةً وَلاَ مَوْلاَهُمَا وَاحِداً وَوَلَدَ لَهُ فِي الكِتَابَةِ أَوْلاَدٌ فَنَفَقَتَهُمْ عَلَى الأُمِّ».

الفصل:

جملة هذا أن المكاتب يلزمه أن ينفق على ولده من أمته على ما ذكرنا، فأما ولده من زوجته فلا يلزمه أن ينفق عليه سواء كان من الحرة أو الأمة أو من المكاتبة وإنما قلنا إنه لا ينفق على ولده من امرأته الحرة، لأن الولد حر فلو أوجبنا عليه الإنفاق كان ذلك نفقة الأقارب وذلك يجب على طريق المواساة وليس المكاتب من أهل المواساة وأيضاً فإنها تجب على المؤسر والمكاتب معسر لأن ما في يده من المال يتعلق به (ق١٨٢ب) حق السيد حتى يؤدي ما عليه ويعتق، وأما ولده من امرأته فلا يلزمه أن ينفق عليه لهذين المعنيين، وأيضاً فإن ولده منهما مملوك لغيره فلا يجوز له أن ينفق على مملوك غيره مما في يده لأنه تغرر بالمال الذي في يده لأنه إن عجز كان المال للسيد فيكون قد أنفق منه على غير مملوكه والمكاتب ممنوع من التعزير بالمال.

فإن قيل: أليس فيه أن ينفق على زوجته مما في يده فما الفرق قيل: الفرق أن نفقة الزوجة طريقها المعاوضة والمكاتب في المعاوضة كالحر وليس كذلك نفقة الولد لأنها مواساة وليس المكاتب من أهل المواساة مما في يده.

فإذا تقرر أن المكاتب لا ينفق عليه فإن كان ولد حرة وجب على الأم أن تنفق عليه لأن الأب إذا لم يتحملها وجب على الأم تحملها، وإن كانت أمة مملوكة لغير سيده فنفقته على سيد الأمة لأنه مملوك له، وإن كانت أمة مكاتبة لغير السيد فيه قولان:

أحدهما: أنه مملوك للسيد فيلزمه أن ينفق عليه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٩).

والثاني: أنه موقوف على عتق الأم ورقها فعلى هذا هل تجب النفقة على السيد أو المكاتبة قولان:

أحدهما: تجب على السيد لأنه لما لزمه أن ينفق على ولد أم ولده فكذلك يلزمه على ولد مكاتبته.

والثاني: يجب على المكاتبة لأن نفقة نفسها لما وجبت عليها فكذلك نفقة ولدها وليس كذلك أم الولد، قال نفقتها على سيدها فكذلك تنفقه ولدها وهذا أصح، وإن كانت أمة مملوكة لسيده لا يلزمه أن ينفق عليه لما ذكرنا فإن أحب أن ينفق عليه كان له لأنه ليس فيه تعزير بما في يده من المال لأنه إن عجز رق وكان المال لسيده وهو وولده مملوكان له فيكون قد أنفق من ماله (ق١٨٣أ) على مملوكه، وإن عتق يكون المال له فكأنه أنفق على ولده الحر من مال نفسه ولهذا اشترط الشافعي أن لا يكون مولاهما واحد فإنه لا يجوز الإنفاق عليه هناك كما لا يجب وههنا يجوز، وإن لم يجب.

وأما قوله: وليس كتابتهما واحدة إنما ذكر لأن كتابة عبد ربه في عقدة واحدة فوجب بلأن العقدين، وإذا كانت الكتابة فاسدة فلا يكون الولد تابعاً فيها فأراد أن يعبر عن الكتابة الصحيحة، وقيل: قصد به الرد على مالك فإنه قال: إذا كانت كتابتهما واحدة ومولاهما واحد ملزم النفقة على الأب، ولم يذكر الشافعي هذا على وجه الشرط على مذهبه، وهذا لأن الولد تبع الأم في الحرية والرق سواء كانت الكتابة واحدة أو لم تكن الكتابة واحدة.

مسألة:

قَالَ(١): «وَلَيْسَ عَلَى العَبْدِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى وَلَدِهِ مِنْ امْرَأَةٍ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ».

العبد القن أضعف حالاً من المكاتب وقد ثبت أن المكاتب لا يلزمه نفقة ولده من امرأته فالعبد أولى وحكم نفقة الولد على من تجب على ما ذكرنا إذا كانت المرأة حرة أو أمة للغير.

باب قدر النفقة

مسألة:

قَالَ(٢): «النَّفَقَةُ نَفَقَتَانِ نَفَقَةُ المُوسِعِ وَنَفَقَةُ المُقْتِرِ».

الفصل:

نفقة الزوجة معتبرة بحال الزوج، فإن كان موسراً لزمه نفقة الموسرين سواء كانت المرأة موسرة أو مقترة، وإن كان مقتراً لزمته نفقة المعسرين سواء كانت المرأة موسرة أو

---

(١) انظر الأم (٥/ ٦٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٦٩).

معسرة لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطَّلَاق: ٧] فاعتبر حال الزوج وخالف بين نفقته موسراً أو معسراً.

فإذا تقرر هذا فإن كان الزوج معسراً فنفقتها مد، وإن كان متوسطاً فنفقتها مد ونصف، وإن كان موسراً فنفقتها مدان، وإنما قلنا هكذا لأن المد أقل ما يجب في الكفارات والمدان أكثر ما يجب وهو في فدية الأذى وجعلنا المتوسط بينهما فزدنا على ما يجب على المعسر ونقصنا مما يجب على الموسر، وقول الشافعي: والنفقة نفقتان أراد به ما ثبت بالنص وهو نفقة الموسر والمعسر.

فأما نفقة المتوسط ثبتت بالاجتهاد، وقال أبو حنيفة، ومالك: لا تتقدر النفقة هكذا بل يلزم كفايتها وللحاكم أن يزيد على المدين وينقص على المد على حسب زيادتها وزعتها في الأهل وله التسوية بين الغني والفقير.

واحتج بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣] والمعروف: الكفاية ولأنه سوّى بين النفقة والكسوة، ثم الكسوة تعتبر بحالها فكذلك النفقة، وهذا غلط لما ذكرنا من الآية.

وأما ما ذكر لا يصح لأن المعروف مجمل وفسره في . . . .

وأما الكسوة فلا يقع فيها التنازع والتفاوت بخلاف النفقة فيعتذر لقطع التنازع، وقال أحمد: تعتبر بحال الزوجين فعلى الموسر للفقيرة نفقة متوسط. وأما جنس النفقة فيعتبر بغالب قوت البلد، فإن كان بخراسان أو بالعراق فمن البر وإن كان بطبرستان فمن الأرز، وإن كان بالمدينة وحواليها فمن التمرد وهو كما قلنا في زكاة الفطر والكفارات يعتبر فيها غالب قوت البلد. ومن أصحابنا من قال: بغير قوته كما يعتبر مقدارها بحاله، وهذا غلط، لأن الكفارة وزكاة الفطر (ق١٨٤أ) تعتبر بحال المكفر والمزكي أصلهما ويعتبر جنسهما بغالب قوت البلد كذلك ههنا، فإذا ثبت هذا فالواجب أن يدفع إليها الحب نفسه، لأن ذلك سيىء على الكفارة في المقدار والجنس فكذلك يبني عليها في وجوب تمليك الحب، فإذا أرادت المرأة قيمة الحب، واجتمع الرجل أو أراد الرجل القيمة وامتنعت المرأة لم يجبر الممتنع منهما عليه، وإن تراضيا جميعاً على قيمة الحب فهل يجوز وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأن الذي وجب في ذمة الطعام، ومن كان له طعام في ذمة غيره لم يجز له أن يأخذ قيمته لأنه يكون مع الطعام قبل القبض ألا ترى أنه لو كان له في ذمته طعام من سلم فتراضيا على أخذ قيمته لم يجز لما ذكرنا، ولأن النفقة كالكفارة، وقد تقرر في الكفارة أنه لا يجوز إخراج قيمة الحب فكذلك ههنا.

والثاني: يجوز وهو اختيار أبي إسحاق وهو المذهب؛ لأن النفقة إنما وجبت في ذمته على طريق الرفق فجاز أخذ قيمته بالتراضي كما لو كان عليه الطعام من جهة القرض ولأن الطعام إذا وجب مستقراً في الذمة جاز أخذ قيمته مثل القرض والميراث، وإذا لم

يكن مستقراً لا يجوز مثل البيع والمسلم فيه، فإن البيع يجوز أن يتلف قبل القبض فينفسخ البيع ويجوز أن يتقطع المسلم فيه فينفسخ السلم ويسقط الطعام من الذمة وههنا الطعام مستقر في الذمة والمستحق آدمي معين فجاز أخذ العوض عنه ولا يشبه هذا الكفارة لأن الفقير الذي يستحقه غير معين وهو حق اللّٰه تعالى فلا يعمل فيه بالتراضي بينهما.

وأما إذا خلف الدقيق أو الخبز عوضاً عن الواجب لها، قال بعض أصحابنا: لا نص فيه والقياس أنه لا يجوز ذلك (ق١٨٤ب) لأنه يكون بيع الحنطة بجنسها متفاضلاً، وهذا صحيح عندي، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان فظاهر المذهب جوازه، وهو غلط.

وأما نفقة الخادم، فإن كان موسراً فنفقته مد وثلث ثلثا نفقة الزوجة، وإن كان معسراً أو متوسطاً فنفقته مد وإنما لم يزد على مد عند التوسط لأنه لم يوجد سعة كاملة يوجب للخادم زيادة.

وذكر بعض أصحابنا أنها على المتوسط مد وثلث. وهو غلط لا تحكى. فإن قيل: فقد سويتم بين امرأة المعسر وبين خادمتها فأوجبتم لكل واحد منهما مداً واحداً قلنا: القياس يقتضي أن يكون للخادمة عند إعساره ثلاثاً مد كما قلنا لامرأة المتوسط مد ونصف وللخادم مد واحد وهو ثلثا ما جعلناه للمرأة إلا أن المد الواحد لا يحتمل التبعيض لأنه أقل ما يقوم به البدن فكملناه وهذا كما قلنا القياس أن تكون عدة الأمة بقرء ونصف إلا أن القرء الواحد لا يحتمل التنقيص فكملناه قرءين.

فإن قيل: فمن أين أخذتم تقدير نفقة الخادم بمدٍّ وثلث عند يساره ونفقة المرأة بمدين قيل: إنما أخذه الشافعي من الميراث وهو أن للأب على الأم فضل في الميراث كما للزوجة ههنا على الخادم فضل في النفقة، ثم هناك حالتان حالة النقصان وهو إذا كان للميت ابن وحالة التفضيل وهو إذا لم يرثه إلا أبوه ففي حالة النقصان استوى الأبوان فلكل واحد منهما السدس، وفي حالة السعة والزيادة يزيد على هذا السدس مثلاً ما زيد للأم فإنه بلغ نصيب الأب الثلثين ونصب الأم الثلث فكذلك ههنا زيد للمرأة في حال الكمال مد على ما كان في حال النقصان وزيد للخادم وثلث مد وعند (ق١٨٥أ) الإعسار استويا كما استوى الأبوان هناك في السدس.

ومن أصحابنا من قال: أخذ نفقة الموسر من نفقة المتوسط لأن هناك للمرأة مداً ونصفاً وللخادم مداً ففي حالة اليسار يجب أن يكون للخادم أيضاً ثلثا ما للزوجة وذلك مد وثلث.

فرع:

إذا أعطاها الحب على ما ذكرنا، قال القفال: يلزمه أن يعطيها مونة إصلاحه للطحن والحر أو يكفيها إصلاحه.

وقال في «الحاوي»: إن كانت عادة أمثالها أن يتولوا طحن أقواتهم وخبزها بأنفسهم

كأهل السواد كان مباشرة طحنه وخبزه عليها دون الزوج وإن لم يكن كذلك كان الزوج بالخيار بين أن يدفع إليها أجرة الطحن والخبز وبين أن يقيم لها من يتولى طحنه وخبزه.

مسألة:

قَالَ[1]: «ومَكِيلَةٌ مِنْ آدَمَ بِلاَدِهَا زَيْتاً كَانَ أَوْ سَمْناً».

قد ذكرنا الكلام في القوت والكلام الآن في الإدام، وهو واجب أيضاً لأن اللّه تعالى أمر برزقهن وكسوتهن بالمعروف، ومن المعروف أن يعطيها مع القوت إدماً، لأنه في الخبز البحت مضرة ومشقة.

وقد قال ابن عباس في تفسير قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] الخبز والزيت.

وقال ابن عمر: الخبز والسمن والخبز والزيت، والخبز والتمر ثم الاعتبار في الإدام بغالب أدم البلد كما قلنا في القوت، فإن كانت بالشام فمن الزيت، وإن كانت بالعراق فمن الزيت والشيرج لأنهما جميعاً يوكلان، وإن كانت بخراسان فمن السمن، وإنما فرض الشافعي الدهن لأنه أكمل ما يقدم ثم الإدام غير مقدر وإنما هو على حسب كفايتها في العادة والفرق بينه وبين القوت حيث جعلناه مقدراً لأن للقوت أصلاً في التقدير وهو في الكفارات فحملنا عليها وليس كذلك الإدام (ق١٨٥ب) لأنه لا أصل له، وقول الشافعي لها مكيلة من الإدام لم يرد به التقدير بل أراد لها مقداراً من الإدام باجتهاد القاضي، يلزم القاضي أن يجتهد حتى يضعف ذلك القدر لامرأة الغني، فإن فرض لامرأة الفقير أو فيه من دهن وهي أربعون درهماً فرض لامرأة الموسر وقيتين وفرض لامرأة المتوسط أوقية ونصفاً وقيل: المكيلة تقارب الأوقية.

فرع:

أدم خادمتها من أدم المخدومة وقدرة على قدر قوتها وهل تساوي المخدومة في الجودة.

اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يساويها في ذلك كما يجب طعامها من جنس طعام المخدومة، ومنهم من قال: إنها دونه في الجودة، فإذا كان للمخدومة زيت جيد فرض للخادم زيت دون ذلك لأن هذا هو العرف في الإدام والعرف في الطعام أن يكون من جنس طعامها وهذا هو المنصوص.

قال هذا القائل: وعلى هذا إذا أعطى المخدومة حنطة جيدة كان له أن يعطي الخادم حنطة دونها في الجودة.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٠).

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَيُفْرَضُ لَهَا فِي دُهْنٍ وَمُشْطٍ أَقَلُّ مَا يَكْفِيهَا».

جملته أن الزوجين بمنزلة المتواجدين لأن الزوج يملك منفعة المرأة بعوض كما أن المستأجر يملك منفعة الدار بعوض، وقد ثبت أن كل مونة تلزم في حفظ أصل الدار ورقبتها فإنها على الأجر من بناء ما استهدم وإدخال جذع انكسر وبناء حائط وقع وكل ما بين لتنظيف الدار وتزيينها فهي على المستأجر مثل كنس الدار وغسلها، فعلى هذا كل ما يحتاج إليه للتنظيف والزينة فهو على الزوج مثل المشط والطيب والدهن (ق١٨٦أ) لرأسها ونحو ذلك.

فرع:

يعتبر الحرف في الدهن للرجل الشعر فمن البلاد ما يدهن أهله بالزيت كالشام فهو المستحق ومنها بالشيرج كالعراق فهو المستحق ومنها المطيب بالورد والبنفسج فهو المستحق ووقته كل أسبوع مرة، فإن النبي ﷺ قال: ادهنوا بذهب البؤس عنكم والدهن في الأسبوع بذهب البؤس.

فرع آخر:

الكحل للزينة كالإثمد على الزوج إن طلبته وما كان للدواء على الزوجة، وأما الحناء إن لم يطلبه الزوج لا يلزمه ولا يلزمها، وإن طلبه الزوج وعليها ووجب على الزوج مؤنته. قال النبي ﷺ لعن السلتا والمرها. فالسلتا: التي لا تخضب. والمرها: التي تكتحل فيفعل ذلك إذا كرهت زوجها فيفارقها.

فرع آخر:

الطيب إن كان مرسلاً سوله الجسد يستحق على الزوج لها لأنه مراد للتنظيف وما كان للالتذاذ لا يلزم، وقيل: قال الشافعي من دهن ومشط بفتح الميم وأراد بالمشط آلة المشط من الأفاويه والغسلة إذا كان ذلك من عرف بلادهم.

فرع آخر:

لو كانت عادتها دخول الحمام مجب أجرة الحمام عليه لأنه يرد للتنظيف وإن لم تجر عادتها بذلك لا يجب عليه وهو في أهل القرى وذلك في أهل المصر.

وقال في «الحاوي»: يجب في المصر في كل شهر مرة ليخرجن به من دنس الحيض الذي يكون في كل شهر مرة في الغالب.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٠).

فرع آخر:

لو أرادت أن تصرف ما قبضه من النفقة إلى ما يضرها وينقص بدنها هل له الاعتراض عليها فيه وجهان (ق١٨٦ب) والصحيح، عندي أن له ذلك.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَيْسَ ذَلِكَ لِخَادِمَهَا لأَنَّهُ لَيْسَ بِالمَعْرُوفِ لَهَا».

أراد ليس لخادمها الدهن والمشط لأن ذلك إنما يراد للزينة والخادمة لا تزين في العادة بل يكون شعثه ولأن الأفضل لها أن لا تتزين لأنها لا تحل للرجل.

وقال القفال: إنما لا يلزم لها ما يراد به التزيين واستمالة قلب الرجل فأما ما لا بد منه بحيث إذا لم يكن تأذن بالوسخ والهوام يلزم الخادم أيضاً، وهذا صحيح والخادم يستحق الدواء لأنه من حقوق الملك، فإن كانت ملكاً له فعله ذلك وإن كانت ملكاً لها فعليها.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَقِيلَ فِي كُلِّ جُمْعَةٍ رَطْلُ لَحْمٍ».

جملته أنه يجب على الزوج أن يطعم زوجته اللحم؛ لأن العادة جارية به ويعطيها في كل أسبوع يوماً إن شاء في كل يوم جمعة، وإن شاء في غيره ولكن الأفضل ما ذكره لأنه عرف عامة الناس.

وقال أصحابنا: وإنما قال رطل لحم على عادة مصر؛ لأن اللحم يغريها فأمّا في الموضع الذي يرخص فيه اللحم يفرض لها أكثر من ذلك والمراد بهذا القدر أيضاً امرأة المقتر، فأما امرأة الموسر فلها رطلان في كل جمعة ولامرأة المتوسط رطل ونصف، لأن الشافعي قال بعد هذا ومن اللحم والأدم ضعف وما وصفت لامرأة المقتر وقيل: الموسر هو الذي يقدر على نفقة الموسرين في حق نفسه، وفي حق كل من يلزمه نفقته من كسبه لا من أصل ماله والمقتر هو الذي لا يقدر أن ينفق من كسبه على نفسه وعلى من يلزمه نفقته (ق١٨٧أ) إلا نفقة المعسرين، وإن زادت عليها كانت من أصل ماله لا من مكسبه والمتوسط هو الذي يقرر أن ينفق من كسبه على نفسه وعلى من يلزمه نفقته نفقة المتوسطين، فإن زادت عنه كانت من أصل ماله، وإن نقص عنها فهل من كسبه فيكون اليسار والإعسار معتبراً بالكسب في وجوب النفقة ولا يعتبر بأصل المال كما في الكفارات. ذكره في الحاوي[٣].

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ٧٠).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٢٨).

فرع:

الخادم هل يستحق اللحم، قال أبو حامد: ينبني على الوجهين في إدامها، فإن قلنا لها من الأدم مثل أدم الزوجة فلها اللحم أيضاً، وإن قلنا إنه دونه في الجودة فلا يعطيها اللحم.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لأن يستحق الخادمة اللحم وجهاً واحداً ولكن العادة جارية أن المخدومة تغترف خادمتها من مرسها إذا طبخت لحمها وتعطى لإصلاح اللحم ما يحتاج إليه من الحطب وغيره.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَفُرِضَ لَهَا مِنَ الكُسْوَةِ مَا يُكْتَسِي مِثْلَهَا بِبَلَدِهَا».

الكسوة واجبة على الزوج لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣] لأن قوام بدنها بالكسوة كما أن قوامها بالنفقة وكانت واجبة لها، فإذا ثبت هذا فإنها معتبر بكفايتها وليست بمقدرة لأنه ليس إما أجل مقدر في الشرع فاعتبر بالكفاية.

ثم الكلام فيها في ثلاثة فصول في عددها وقدرها وجنسها:

أما العدد فعليه في الصيف أربعة قمص وسراويل ومصعة وما تلبسه في الرجل من نعل أو شمشك أو غيره.

وأما الخادمة فتعطي قميصاً ومقنعة وخفاً فجعل الشافعي للخادمة خفاً (ق١٨٧ب) ولم يجعله للمخدومة وجعل للمخدومة السراويل ولم يجعله للخادمة، وإنما كان كذلك لأن السراويل يراد للزينة أو لستر العورة والخادمة لا تتزين. وأما ستر العورة فإن ساقها ليس بعورة وما هو عورة منها فإن القميص يستره والخف أيضاً يستر ساقها، وأما الخف فإنها تخرج في الحوائج إلى التسوق فلا بد لها من الخف والمخدومة لا تحتاج إلى الخروج فلا حاجة بها إلى الخف.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: المعروف أن يعطي الخادمة السراويل أيضاً ولعله أعرض عن ذكره اعتماداً على العرف والعادة في مثله، وهذا أصح عندي، وقال في «المنهاج»: إنما ألزم الشافعي السراويل للمرأة في البرد ولم يلزمه ذلك في الصيف لأنه قال في المختصر ويفرض لها في الصيف قميص وملحفة ومقنعة ولم يذكر السراويل، وفي كسوة الشتاء ذكر السراويل والمعنى فيه واضح وهو أنها في الصيف تستغني عن السراويل ولا تستغني عنه في الشتاء للبرد ولذلك ألزمه لها في الشتاء خماراً ومقنعة ولم يلزمه في الصيف سوى المقنعة للمعنى الذي ذكرناه من دفع البرد.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٠).

وقال في «الحاوي»[1]: إن كانت عادة البلد في السراويل فالسراويل، وإن كانت العادة المئزر دون السراويل فالمئزر، وإن كانت السراويل أستر، وإن كانت من سكان القرى لا تلبس السراويل ولا المئزر، ففي تركه هتك عورة يؤخذ بها في حق اللَّه تعالى جميع النساء فيؤمر بذلك، وقال في مدارس الرجل إن كانت في موضع يئزرون ولا يتقمصون كأهل البحر سقط القميص في حقه وكساه مئزراً، وفي الأمة يقتصر على المئزر (ق١٨٨أ) وإن ألفوه لأنه يبدي من جسدها ما يغض عنه الأبصار، وإن لم يكن عورة فيعطيها قميصاً وقناعاً، ويحتاج مع ذلك إلى ملحفة إذا خرجت في الشتاء.

قال الشافعي: تعطى في الشتاء القميص والسراويل وجبة مخمرة ومقنعة وما تلبسها في رجلها، فزادها في الشتاء الجبة وهذا فلا يختلف فيه أصحابنا وأما القميص والسراويل والمقنعة فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: إنما ذكر الشافعي ذلك إذا كان الذي أعطاها في الصيف قد أخلق فأما إذا كان القميص والسراويل والمقنعة باقياً فلا يعطيها في الشتاء غير الجبة وهو الصحيح. ومن أصحابنا من قال: يحدد لها في الشتاء ذلك، وأما الخادمة فإنه يعطيها في الشتاء جبة صوف وكساء تلتحفه يد فيها مثله ويختلف ذلك باختلاف البلدان في حرها وبردها.

وأما قدر الكسوة فإنه على قدر كفايتها ويختلف بطولها في حرها وبردها ويخالف النفقة فإن لها أصلاً في التعزير وهو في الكفارة بخلاف الكسوة.

وأما جنسها قال الشافعي: يعطيها إذا كان موسراً لبس البصري أو الكوفي أو وسط بغدادي، وإذا كان معسراً يعطيها غليظ البصري أو الكوفي، ويعطي خادمه الموسر غليظ البصري أو الكوفي وخادمه المقتر الكرباس وهو المال يلف الغليظ.

قال أصحابنا: إنما اعتبر الشافعي هذا في ذلك الوقت قلنا، وفي وقتنا هذا يعتبر ما جرت به عادة مثلها، فإن كان مثلها يكتسي (ق١٨٨ب) بالخز والديباج والتوري والستري وأعطاها قيل لأبي إسحاق لَمَ لم يفرض الشافعي لها بقصر القصب والشرب وهو عادة البلد وعرفهم في الكسوة فقال: لأنه لم يفرض لها إلا قميصاً واحداً، وذلك إذا كان سرياً يصف ما تحته، ويمنع جواز الصلاة.

وقد قال ﷺ: «لعن اللَّه الكاسيات العاريات» فإن كان منه غليظ من مرتفع الكتان الديبقي أعطاها منه وعلى هذا يفرض لها في جبة إبريسم من الديباج والحرير وما يختص ببلدها وفرض امرأة المتوسط الوسط من ذلك ودون ذاك الزوجة المقتر.

وأما ما تتغطى به في الصيف والشتاء، قال الشافعي: تعطى الزوجة في الشتاء قطيفة أو لحافاً وتعطى الخادمة عباءة أو كساء عليها وفي الصيف ملحفة وهي الإزار أو وسادة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٣٠).

فرع:

يلزمه أن يدفع الكسوة ثياباً دون الثمن وعليه أن يخيط ما تحتاج إلى خياطته.

فرع آخر:

لو باعت الكسوة بعد قبضها من الزوج صح البيع وملكت الثمن، وقال ابن الحداد: لا يجوز لها بيعها ولا يجوز لها الاستبدال، وهذا لا يصح لأنه لا يجوز أن يكون في ملك الزوج، لأنه لا يسترجعها فثبت أنها ملكها فجاز لها بيعها. فإن قيل: لا يملك الكسوة كما لا تملك المسكن، وهذا لا يصح لأنه يلزمه تسليم الكسوة إليها ولا يلزمه تسليم المسكن لأنه يسكنها معه فافترقا ولأنه لو أراد أن يكتري لها ثياباً لم يلزمها الإجابة بخلاف المسكن ويحتمل أن لا يعلم أبرأه.

فرع آخر:

لو أرادت بيع الكسوة وشري ما هو أدون منها لم يكن لها بخلاف القوت الإدم. والفرق أن للزوج حق الاستمتاع في زينة ثيابها فمنعت من يعتبرها (ق١٨٩أ) بخلاف قوتها.

وقال أبو إسحاق لها بيعها وشري ما هو أدون منها كما في القوت، وهذا لا يصح والفرق ظاهر.

فرع آخر:

لو لم يعتادوا في الصيف لنومهم غطاءً غير لباسهم لا يلزمه شيء آخر، وقد ألف الناس في زماننا أن يكون جهاز المنازل على النساء ولا يصير ذلك عزفاً معتبراً كرشوة النساء والأزواج في بعض البلاد.

فرع آخر:

قال في «الحاوي»[1]: من الناس قوم تتساوى كسوتهم وكسوة عبيدهم كفقراء البوادي فيكونوا سواء ولا يزاد.

فرع آخر:

البدوية كالخصين به في النفقة ولكنها ربما يقتات البلوط والأقط وتلبس الشعر فيعتبر ذلك.

فرع آخر:

قال: وإن كانت رغيبة لا يجز بها هذا دفع ذلك إليها من ثمن أدم ولحم ما شاءت

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٣٠).

في الحب، وإن كانت زهيدة زيدت فيما لا يفوتها من فضل المكيلة.

أراد بالرغيبة: كثيرة الأكل والزهيدة: قليلة الأكلة أو يعبر بأن الرغيبة الأكولة والزهيدة المتنوعة، وجملته أنها إذا كانت كثيرة الأكل لم نوجب على الزوج المعسر أكثر من المد الواجب ولكن عليها أن تصرف بعض إدامها إلى الخبز إذا لم يشبعها الحب المفروض لها، وإن كانت قليلة الرغبة في الخبز كثيرة الرغبة في الفواكه وأنواع الإدام لم نوجب عليه زيادة في الإدام على ما ذكرنا ولكن عليها أن تصرف بعض الحب إلى زيادة إدام، وقيل: قصد بهذا الفصل أن يبين أمرين:

أحدهما: أن نفقة الزوجة مقدرة ولا يعتبر كفايتها خلاف قول أبي حنيفة.

والثاني: أن النفقة إذا وصلت إليها فلها أن تتصرف فيها (ق١٨٩ب) بالبيع وغيره ولا تكون محجورة فيها.

فرع:

قال في «الحاوي»[١]: إذا نقص المدعي كفايتها كان الزوج بالخيار بين أن يتمم لها قدر شبعها وبين أن يمكنها من اكتسابه، فإن مكنها فلم تقدر على اكتساب كفايتها صارت من أهل الصدقات تأخذ منها.

مسألة:

قَالَ[٢]: «وَيَخْشَى إِنْ كَانَتْ بِبَلَدٍ يَحْتَاج أَهْلُهَا إِلَيْهِ قَطِيفَةٍ».

أراد به في البلاد الباردة يلزمه أن يخشى الكسوة بالقطن لدفع البرد والواو محذوفة من القطيفة في بعض النسخ، والصحيح إثبات الواو. ثم قال: ولا أعطيها في القوت دراهم وهذا لأنها تستحق ما تستحق على جهة النفقة فيلزمه أن يعطيها الحب واللحم والأدم بعينه كما ذكرنا، ثم إن شاءت باعت وتصرفت فيه كما شاءت.

ثم قال: واجعل خادمها حداً وثلثاً، وقد ذكرنا ذلك، ثم قال: ولامرأته فراش ووسادة من غليظ متاع البصرة وما أشبهه ولخادمها فروة ووسادة وما أشبهه من عباءة أو كساء غليظ.

واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: أراد به أن يعطيها ما تفرشه للجلوس عليه والوسادة لتتوسدها في النوم ولم ترد بالفراش المضربة، وإنما أراد ما تفرش على الأرض مثل الحصير أو اللبد.

ومن أصحابنا من قال: أراد به المضربة المحشوة بقطن أو صوف أو غير ذلك فيعطيها الحصير والمضربة، لأن المعروف أن يعطيها للنوم مضربة لتنام عليه، وهو أظهر لأن الشافعي قال: من غليظ متاع البصرة ولم تجر العادة يوشون الخرق بالنهار ويجلسون

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٢٨). (٢) انظر الأم (٥/ ٧١).

عليها، وإنما ذلك لفراش الليل ولا يلزم الفراش للخادمة ويكفيها الوسادة والكساء على ما ذكرنا.

مسألة:

قَالَ[١]: «فَإِذَا بَلِيَ أَخْلَفَهُ».

قال أكثر أصحابنا: معناه إذا مضى الزمان الذي يبلى فيه (ق١٩٠أ) بالاستعمال أخلفه سواء استعمله أو لم تستعمله ولو أنها أتلفته بتحريق أو سرقت قبل مجيء الزمان الذي يبلى فيه مثله أو باعت فليس عليه بدلته حتى يمضي الزمان الذي يبلى فيه مثله.

ومن أصحابنا من قال: إذا كانت ترفق به في الاستعمال فمضى الزمان الذي يبلى فيه مثله، وهو باق لا يلزمه إبداله وحمل كلام الشافعي على ظاهره لأنه قال: فإذا بلي أخلفه وهذا لم يبل، وهذا اختيار القفال، وهذا لا يصح وتأويل كلامه ما ذكرنا ألا ترى أنه لو استبقت النفقة ومضى الزمان الذي تنفق فيه مثله لزمه بدله، وإن كان ما أعطاها باقياً فدل أنه لا اعتبار بما ذكره ولو بليت قبل انقضاء مدتها لرداءة الثياب يلزمه إبدالها بلا خلاف ولو بقيت بعد مدتها لجودتها لم تستحق بدلها بلا خلاف لأن الجودة زيادة ومن الجبة ما يعتاد لبسها سنتين وأكثر كالديباج فلا يلزمه إبدالها في كل سنة وكذلك الفراش يبقى سنين فيعتبر العرف في إبدالها وجرت العادة بتطريتها في كل سنة والاستبدال بها في سنين فيعتبر ذلك.

فرع:

لو كساها كسوة تبقى خمسة أشهر فماتت بعد شهر أو مات أو طلقها هل يسترجع منها الكسوة اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: لا يسترجع وهو الأصح لأنها تجري مجرى قوت يوم فلا تسترجع ولا يتبعض لأنه لا يمكن أن يدفع إليها بعض الكسوة ولا يجوز الرجوع بجميعها فهو كما لو دفع إليها نفقة اليوم في أول اليوم، ثم مات في نصف النهار لا يسترجع منها شيئاً.

والثاني: يسترجع كالنفقة المعجلة بشهر، وهذا اختيار القفال، قال: والكسوة تجب على طريق الكفاية لا على طريق التمليك حتى لو سرقت في الحال يلزمه الإبدال بخلاف الطعام وليس لها التصرف فيها إلا باستعمالها ولو لم تطالبه بها حتى (ق١٩٠ب) مضت مدة لا كسوة لها فيما مضى بخلاف النفقة، قال: ولو استعار كسوة وأعطاها ليس لها أن تطلب غيرها والضمان على الزوج لو تلفت لأنه المستعير، ثم قال: وفيه وجه آخر يجب تمليك الكسوة في الحال يلزمه قيمتها له ثم عليه بدلها وأصحابنا بالعراق أنكروا هذا، وقالوا: المنصوص وجوب تمليكها وهو الأصح على ما تقدم بيانه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧١).

فرع:

لو زف الرجل إلى دار امرأته وأنفق عليها الطعام والشراب وأقامت عنده سنين هكذا ولم يدفع إليها شيئاً من الحب نظر، فإن كان مطلقاً من غير شرط استقرت نفقتها عليه، وهذا تطوع، وإن كان على شرط أنه نفقتها فهو عوض فاسد وله عليها بدل ما أنفق عليها ولها عليه جميع ما اجتمع لها من الحب.

فرع آخر:

لو كانت الزوجة أمةً قال الشافعي: لا خادم لها لأنها تكون خادمة نفسها في العادة فليس من عبادة الإماء أن يخدمن.

وقال بعض أصحابنا هذا قاله الشافعي في عرف زمانه فأما في هذا الزمان إن كانت ممن يخدم مثلها يلزم وهذا ليس بشيء.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِنَّمَا جَعَلْتُ أَقَلَّ الفَرْضِ فِي هَذَا بِالدَّلاَلَةِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ».

الفصل:

بين الشافعي ههنا من أين أخذ أقل النفقة وأكثرها وهو مدان قد ذكرنا هذا فيما تقدم، فإن قيل: قد ثبت في الشرع أكثر من مدين وهو صاع في زكاة الفطر قيل: ذلك ليس كفاية واحد بل نفرق ذلك على أهل الزكاة، ولو أعطى كل واحد منهم كفاً جاز، ثم قال: وإن كانت بدوية مما تأكل أهل البادية، وقد ذكرنا هذا أيضاً وجملته أنه يعتبر في كل موضع بغالب القوت فيه والكسوة، ثم قال: وليس على رجل أن يضحي لامرأته ولا يؤدي عنها أجرة طبيب ولا حجام، وجملته أن (ق١٩١أ) الأضحية إذا لم تجب عليه عن نفسه ففي زوجته أولى، وإنما قصد الشافعي بهذا أنها غير مسنونة عليه في حقها، وإن كانت مسنونة عليه في حقه ولذلك لو نذرت ذلك لم تجب عليه أن تتحمل عنها لأنه شيء التزمته بنفسها فهي لكفارة اليمين وليس كزكاة الفطر التي وجبت عليها ابتداء من جهة اللّه تعالى ولا يؤدي عنها أجر طبيب لأنه ليس من جملة النفقات على ما ذكرناه.

فرع:

للنفقة وقتان: وقت الوجوب ووقت وجوب التسليم، فأما وقت الوجوب فهل تجب بالعقد أو بالتمكين من الاستمتاع قولان، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وقد قال في «القديم»: لو ضمنها الأب عشر سنين يصح وهذا يدل على أنها تجب بالعقد لأنه لا يجوز ضمان ما لم يجب عند الشافعي ووجهه أنها تجب لأجل النكاح وكان وجوبه بالعقد

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧١).

كالمهر والصحيح أنها تجب بالتمكين لأنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه، وأما وقت وجوب التسليم فعلى القولين جميعاً يلزم أن يعطيها بالغداة لأنها تحتاج إلى الطعن والإصلاح، فلو قلنا يعطيها بالعشي لم يلحق وقت الحاجة فلو دفع إليها الغداة، ثم طلقها أو ماتت لا يسترجع شيئاً لأنه دفع ما وجب لها. وقال صاحب «الحاوي»(١): اختلف أصحابنا في تحرير العبارة عن النفقة فقال البغداديون: تجب بالتمكين المستند إلى عقد فجعلوا الوجوب مطلقاً بالتمكين وتقدم العقد شرطاً.

وقال البصريون: يجب بالعقد والتمكين فجعلوا الوجوب معلقاً بالعقد وحدوث التمكين شرطاً فيه وتأثير هذا الاختلاف يكون في زمان التأهب للتمكين هل تستحق فيه النفقة، فمن جعل التمكين في الوجوب أصلاً وجعل تقدم العقد شرطاً لم يوجب لها النفقة في زمان التأهب للتمكين وأوجبها بكمال التمكين ومن جعل العقد في الوجوب أصلاً (ق١٩١ب) وجعل حدوث التمكين شرطاً أوجب لها النفقة من أول زمان التأهب للتمكين إلى أقصى كمال التمكين.

واعلم أن التمكين بأمرين لا يتم إلا بهما:

أحدهما: تمكنه من الاستمتاع بها.

والثاني: تمكينه من النقلة إلى حيث يشاء إذا كانت السبيل مأمونة، فلو مكنته من نفسها ولم تمكنه من النقلة معه لم تجب النفقة، لأن التمكين لم يكمل إلا أن يستمتع بها في زمان الامتناع من النقلة فيجب لها النفقة ويصير استمتاعه بها عفواً عن النقلة في ذلك، وعلى هذا لو كان الزوج غائباً فبذلت نفسها وعرف الزوج وكمال التمكين بمضي زمان الاجتماع، فعلى قول البغداديين تجب نفقتها حينئذٍ ولا تجب بما تقدم من بذل التسليم، وعلى قول البصريين تجب نفقتها من وقت الشروع في التسليم بناءً على اختلافهم في التمكين هل هو في وجوب النفقة أصل أو شرط.

باب الحالة التي تجب فيها النفقة ولا تجب

مسألة:

قَالَ(٢): «وَإِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ يُجَامَعُ مِثْلَهَا فَخَلَّتْ أَوْ جَلَا أَهْلُهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدُّخُولِ بِهَا وَجَبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا».

الكلام الآن في بيان الحالة التي تجب فيها النفقة ولا يخلو حال الزوجين من أربع أحوال. إما أن يكونا كبيرين أو يكون الزوج كبيراً والزوجة صغيرة أو الزوجة كبيرة والزوج صغيراً أو يكونا صغيرين، فإن كانا كبيرين فالنفقة في مقابلة التمكين، وإن عدم التمكين فلا نفقة وينبغي أن يكون التمكين مستنداً إلى عقد صحيح، فإن وجد التمكين من

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٣٧). (٢) انظر الأم (٥/ ٧٣).

غير عقد أو وجد في عقد فاسد فلا نفقة، وتنبغي أن يكون التمكين كاملاً وهو أن تمكنه نفسها على الإطلاق ولا يعترض عليه في مكان مقامها وسكناها، فإن اعترضت فقالت: أنا أجلس في بيتي أو بيت أبي أو أنتقل معك إلى محلة طيبة (ق١٩٢أ) أو لا أسافر معك فلا نفقة، ولو عقد عليها عقد النكاح، ولم يظهر منها تسليم بالقول والامتناع ولا من الزوج مطالبة به فلا نفقة لها لأن الأصل أن لا نفقة لها حتى يحصل التسليم ولا يحصل ذلك إلا أن تقول: سلمت نفسي إليك فاحملني حيث شئت، وإذا أوجبت النفقة يلزمها إعطاءها، فإن أعطاها وإلا ثبتت في ذمة، وإذا مكنته نفسها هكذا، فإن كان حاضراً وجبت النفقة من حيث ما ذكرت ذلك، وإن كان غائباً فجاءت المرأة إلى الحاكم، وأظهرت تسليم نفسها، فإن الحاكم يكتب إلى الزوج بأنها قد سلمت نفسها إليك، فإن أخذ في المسير في الحال، وقدم عليها وتسلمها اتفق عليها من حين القدوم، وإن ترك المسير مع الإمكان فالنفقة يجب في ذمته من وقت انقضاء المدة التي يمكن فيها المسافة لأن الامتناع من جهته، وإن كان الزوج كبيراً، وهي لم تبلغ إلا أنها مراهقة يمكن الاستمتاع بها فإن حكمها حكم الكبيرة، فإن سلمت نفسها استحقت النفقة لأن التسليم المستحق قد حصل، وإن سلمها أهلها صح أيضاً واستحقت النفقة لأن التسليم مستحق على أهلها فإنها ليست بمخاطبة ويخالف الكبيرة في ذلك، فإن الكبيرة لا يصح تسليم أهلها لها وإنما الاعتبار تسليمها نفسها.

وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يقال إنها إذا سلمت نفسها لا تجب النفقة إلا بعد أن تسلم ولا تجب ببذلها لأنه لا حكم لبذلها، وإن كانت صغيرة لا يمكن الاستمتاع بها وهو كبير.

قال في «الأم»، وفي كتاب عشرة النساء: لا نفقة لها، وقال في موضع آخر ولو قال قائل لها النفقة (ق١٩٢ب) كان مذهباً فالمسألة على قولين:

أحدهما: لا نفقة لها، وهو الصحيح واختاره المزني لأنه لا يصح تسليمها منه، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد: وهذا إذا لم يكن فيها استمتاع لا يحصل التمكين ويفارق المريضة، لأن الاستمتاع يمكن فيها ولكنه نقص بالمرض.

والثاني: لها النفقة لا محبوسة عليه من غير تفريط في تسليم نفسها إليه فوجبت النفقة لها كالمريضة التي لا يمكن الاستمتاع بها، وإن كان الزوج صغيراً والمرأة كبيرة فسلمت نفسها.

قال في «الأم»، وفي كتاب عشرة النساء: لها النفقة وهو الصحيح، واختيار المزني، وقال في موضع آخر: ولو قال قائل لا نفقة لها كان مذهباً ففيها قولان:

أحدهما: لا نفقة لها، وبه قال أحمد في رواية لأنه لا يمكن الاستمتاع بها كما لو غابت ولأن التسليم إذا تعذر لا فرق بين أن يكون لمعنى في المستحق عليه أن يسقط ما يقابله كتسليم المبيع.

والثاني: لها النفقة، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد في الرواية الأخرى وهذا لأنه يمكن الاستمتاع بها، وإنما تعذر بسبب من جهته فلم يسقط نفقتها كما لو غاب عن زوجته ويفارق إذا غاب لأنه التعذر هناك بسبب من جهتها. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا كانت عالمة عند العقد أنه صغير، فإن لم تكن عالمة فعليه النفقة قولاً واحداً، وإن كانا صغيرين نص في «الأم» على قولين والنص الصحيح الظاهر أنه لا نفقة لها لأن التعذر بسبب من جهتها. وقال القفال في سقوط النفقة بالصغر ثلاثة أقوال:

أحدهما: تسقط بصغر أيهما كان.

والثاني: لا تسقط بصغر واحد منهما.

والثالث: تسقط بصغرها دون صغره، وهذا حسن ومرجعه إلى ما فصلناه.

مسألة:

قَالَ(١): **«وَلَوْ كَانَتْ مَرِيضَةً لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا».**

الفصل:

إذا تزوجت المرأة فمرضت عنده أو كانت مريضة (ق١٩٣أ) فسلمت نفسها على حالتها وأنها تستحق النفقة لأنها تحت يده، وفي قبضته والاستمتاع بغير الوطء حاصل من جهتها، وتعذر الوطء لا يوجب سقوط النفقة كما لو كانت رتقاء أو نقول: المرض عارض ينقص الاستمتاع فأشبه الحيض، فإن قيل: أليس الصحيحة إذا بذلت الاستمتاع فيما دون الفرع لا تجب لها النفقة فينبغي أن تسقط النفقة بالمرض إذا تعذر به الوطء في الفرج. قلنا: المرض عارض يتكرر ويرجى زواله فلا يمكن إسقاط النفقة بخلاف صغرها.

مسألة:

قَالَ(٢): **«وَلَوْ كَانَ فِي جِمَاعِهَا شِدَّةُ ضَرَرٍ مُنِعَ مِنْهَا».**

الفصل:

إذا كان الرجل عظيم الخلقة كبير البدن غليظ الذكر وهي نضو الخلق ضعيفة الجسم وعليها مشقة غير محتملة لجماعه ومتى جامعها لم تأمن من أن يجيء عليها بإفضاء أو غيره منع من جماعها كما لو كانت صغيرة وليس له الخيار في فسخ النكاح، بل يقال له أنت بالخيار بين أن تمسك فعليك النفقة أو تطلق ولها نصف المهر، ثم لا يخلو إما أن يصدقها أو يكذبها، فإن صدقها يلزمه أن ينفق عليها وإن كذبها يرى أربع نسوة فينظر إلى فرج زوجها عند الجماع ويجوز ذلك لأنه موضع ضرورة.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٣).

(٢) انظر الأم (٥/ ٧٣).

قال أبو إسحاق: يقبل ذلك من امرأة واحدة، لأن طريقه طريق الخبر دون الشهادة وهذا لا يصح لأن فيه إسقاط حق الزوج فافتقر إلى العدل كسائر الشهادات وهكذا إذا ادعت بفرجها قرحاً يضرّ بها وطئه.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ ارْتَقَتْ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى جِمَاعِهَا فَهَذَا عَارِضٌ لاَ مَنْعَ بِهِ مِنْهَا وَقَدْ جُومِعَتْ فَتَسْتَحِق نَفَقَتُهَا».

إذا كان الرتق قبل النكاح له الخيار قولاً واحداً، وإن حدث بعد النكاح فيه قولان وقد مضى هذا في كتاب النكاح، فإن اختار فسخ النكاح سقطت النفقة، وإن لم يفسخ النكاح فعليه أن ينفق عليها لأنه المختار للمقام عليها، وقول الشافعي، وقد جومعت (ق١٩٣ب) ليس بشرط ولعله قال هذا ليعلم أن الرتق قد يحصل بعدما جومعت واعلم أن ظاهر الكلام يقتضي أنها لو كانت في الأصل رتقاء لا تستحق النفقة والمذهب أنها تستحق كما يستحق القسم لأنها أتت بأقصى ما في وسعها من التمكين ولعل الشافعي أن ينص من المسألة على أظهر الحالين.

مسألة:

قَالَ[2]: «وَلَوْ أُذِنَ لَهَا فَأَحْرَمَتْ أَو اعْتَكَفَتْ أَوْ لَزِمَهَا نَذْرُ كَفَّارَةٍ».

الفصل:

إذا دخلت المرأة في العبادة لا يخلو إما أن تكون العبادة حجاً أو عمرة أو اعتكافاً أو صوم رمضان، فإن كان حجاً لا يخلو من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن تكون أحرمت بغير إذنه فلا نفقة لها قولاً واحداً لأنها ناشزة.

والثانية: أن تكون أحرمت بإذنه وهو معها فلها النفقة قولاً واحداً لأنها ليست بخارجة من قبضته وتحريم الاستمتاع على الزوج بالشرع وسبب التحريم هو الإحرام وقد حصل بإذنه.

والثالثة: أن تكون أحرمت بإذنه وخرجت بإذنه وليس هو معها، وظاهر ما قاله الشافعي ههنا أن لها النفقة، وقال في كتاب النكاح: لا نفقة لها، فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان:

أحدهما: لا نفقة لها، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد لأنها غير ممكن من نفسها.

والثاني: لها النفقة لأنها سافرت بإذنه فأشبهه إذا كانت في حاجته وقال أبو إسحاق: الموضع الذي قال لا نفقة لها إذا لم يكن الزوج معها والذي قال لها النفقة إذا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٣).

(٢) انظر الأم (٥/ ٧٣).

كان معها ولا فرق في هذا بين أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً لأنه وإن كان فرضاً فليس على الفور وإنما هو على التراخي، وإن أحرمت بإذنه فما لم تخرج من بيته لا شك أنه يلزمه نفقتها، وإن أحرمت بغير إذنه فهل له أن يحللها قولان، فإذا قلنا: له أن يحللها فلم تفعل فيه وجهان بناء على ما لو سافرت في حاجتها بإذنه هل تستحق النفقة قولان، والأقيس أنها تستحق لأنه متى شاء حللها ويتوصل إلى حقه منها (ق١٩٤أ) فإذا لم يفعل فالتقصير منه.

وإن قلنا: لا يحللها قال القفال: فيه وجهان:

أحدهما: لا نفقة لها لأنها ناشزة.

والثاني: لها النفقة لأنه لا سبيل لها إلى ترك الإحرام ولها سبيل إلى ترك النشوز فالإحرام كالمرض والعذر السماوي والأول أظهر عندي.

وأما العمرة فحكمها حكم الحج وكذلك الاعتكاف لأنه لا يصح إلا في المسجد، فإذا خرجت من المسجد كانت كما لو خرجت للحج، فإن كان زوجها معها في المسجد لها النفقة وإن لم يكن معها، فإن كان بغير إذنه فهي ناشزة فلا نفقة، وإن كان بإذنه ففيه طريقان.

وأما صوم التطوع فلزوجها منعها منه، فإن صامت فإن أمرها بالإفطار فأفطرت لها النفقة، وإن لم تفطر، فقال ابن أبي هريرة: لا نفقة لها لأنها منعت منه نفسها بالصوم. وقال أبو إسحاق: لها النفقة لأن صوم التطوع لا يلزم بالدخول وله أن يطأها أي وقت شاء، فعلى هذا إن منعته الوطء سقطت نفقتها، وقيل عن الشافعي إنه قال في علته: مدة الصوم قصيرة ولا ضرر عليه في ترك الاستمتاع فيها وهذا غير صحيح عندي. وقيل: لو لم يفطرها ولم يأمرها بالإفطار بل تركها هل تستحق النفقة وجهان. ذكره القفال وهذا أيضاً ضعيف، وقال صاحب الحاوي[1]: إن لم يدعها إلى الخروج منه فهي على النفقة، وإن دعاها إليه فامتنعت صارت ناشرة ولكنه إن كان في صدر إليها وسقطت نفقتها، وإن كان في آخره لا تسقط لقربه من زمان التمكين فصار ملحقاً بوقت الأكل والطهارة، وهذا حسن.

فرع:

لو دخلت في صوم قضاء رمضان قبل شعبان فهل يجوز له إجبارها على الفطر؟ قولان مخرجان من القولين في تحليلها من الحج إذا شرعت، فإذا قلنا: لا يجبرها على الفطر ففي سقوط نفقتها (ق١٩٤ب) وجهان:

أحدهما: يسقط كما في الحج.

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٤٢).

والثاني: لا يسقط لقرب زمانه وقدرته على الاستمتاع بها في ليلة ولمقامها في منزله بخلاف الحج. هكذا ذكره في الحاوي والمشهور عند أصحابنا بخراسان أنه يمنعها قبل شعبان ولا يمنعها في شعبان لأنه يتضيق في هذا الوقت دون ما قبله.

فرع آخر:

إذا كان صوم الكفارة فهو في الذمة على التراخي فيكون له منعها منه وحق الزوج على الفور.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا لم يمنعها حتى شرعت هل يجبر على الخروج؟ وجهان:

فإن قلنا: لا يجبرها، فإن كان التتابع فيه مستحباً بطلت به نفقتها، وإن لم يكن هل تسقط نفقتها وجهان مخرجان من نفقة الأمة إذا مكنها سيدها ليلاً ومنعها نهاراً وأما أداء رمضان فلا يمنعها منه بلا إشكال لأنه مستحق شرعاً على الفور.

فرع آخر:

إذا كان صوم النذر، فإن كانت نذرت قبل النكاح، فإن كان في الذمة له منعها منه، وإن كان متعلقاً بزمان بعينه لم يكن له منعها لأن حق الزوج والصوم قد استويا في التضييق للنذر حق السبق فكان أولى، وإن نذرت بعد عقد النكاح، فإن كان بإذنه نظر فإن كان في الذمة فله منعها منه، وإن كان متعلقاً بزمان بعينه لم يكن له منعها منه، وإن نذرت بغير إذنه كان له منعها منه سواء كان في الذمة أو متعلقاً بزمان بعينه، لأن الزمان له بعد عقد النكاح، فإذا شغلت بعضه بالنذر بعينه فقد منعته حقاً وجب له فكان له منعها وكل له موضع قلنا له: منعها فشرعت فيه، ولم يفطر فالحكم على ما ذكرنا في صوم التطوع.

فرع آخر:

إذا أرادت أن تصلي صلاة الفريضة في أول وقتها، قال الشافعي: ليس له منعها منه لأن لها أن تؤدي هنا الفرض في وقت يجوز الفضيلة (ق١٩٥أ) قال الشافعي: ولأن زمان الصلاة قصير ولا يطول فلا يؤدي إلى الضرر به ولأن الزوج أيضاً مندوب إلى تقديمها في ذلك الوقت فيلزمه إمهالها لذلك أيضاً، فإن قيل: أليس له أن يمنعها من الحج في أول وقت وجوبه، وإن كانت تجوز الفضيلة، قلنا: لا فضيلة الحج متعلقة بالوقت حتى إذا أخّره فإنه بفواته فالحج كالصلاة في الذمة وله منعها منها بخلاف الصلاة من أول الوقت.

فرع آخر:

لو أرادت الإحرام بقضاء الصلاة وأراد الزوج الاستمتاع بها فيه وجهان:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٤٣).

قال أبو حامد: يقدم حقه لثبوته في الذمة، وقال صاحب الحاوي: الأصح عندي تقدم حق القضاء، لأن فرض القضاء مستحق في أول زمان المكنة فصار كالوقت شرعاً، وقيل: هما مبنيان على الوجهين في قضاء الصلاة أنه على الفور أو على التراخي.

فرع آخر:

لو كانت الصلاة مما سنّها بالشرع من توابع الفروض المؤقتة، يلزمه تمكينها منه على العادة المعروفة من غير تقصير ولا إطالة، وإن كانت من السنن المشرعة في الجماعة كالعيدين والخسوفين له منعها من الخروج وليس له منعها من فعلها في منزلها لمساواتها في الأمر بها والندب إليها، وإنها مختصة بوقت يفوت بالتأخير فأشبهت الفروض، وإن كانت صلاة ندب فهي كالصوم المندوب وإن كانت تطوعاً مبتدأ فله منعها منه.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ هَرَبَتْ أَو امْتَنَعَتْ أَوْ كَانَتْ أَمَةً فَمَنَعَهَا سَيِّدُهَا فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا».

جملته أنه ذكر مسألتين:

إحداهما: إذا هربت إلى موضع يعرفه أو لا يعرفه أو امتنعت من تمكينه في بيته أو خرجت إلى بيت أمها وقالت: لا اجتمع معك أو قالت: لا أسلم نفسي إليك إلا هنا فلا نفقة لها، وهذا قول كافة العلماء إلا الحكم بن عيينة فإنه قال: (ق١٩٥ب) لا تسقط نفقتها بالنشوز كالمهر لأنه يجب بملك الاستمتاع، وهذا غلط لأنها كالأجرة لا تجب إلا بالتمكين، ولهذا لو لم ينفق عليها سقط عنها التمكين ويخالف المهر لأنه يجب بالعقد لمقابلة الملك.

والثانية: إذا زوج أمته لا تجِب عليه أن يسلمها إلى الزوج في النهار ويلزمه أن يسلمها بالليل، وقد ذكرنا في كتاب النكاح أنه إن سلمها في الليل والنهار استحقت النفقة ولا فرق بين الحرة والأمة في قدر النفقة ويعتبر بحاله لا بحالها، وإن سلمها في الليل دون النهار، فقد ذكرنا وجهين ولا خيار للزوج في فسخ نكاحها لأنه علم برقها والأظهر أن عليه نفقتها بقسط زمان الاستمتاع وهو أن يكون على الزوج عشاءها وعلى السيد غذاءها، وعلى من الكسوة ما تندثر به ليلاً وعلى السيد ما تلبسه نهاراً كالحرة إذا أمكنت يوماً ونشزت يوماً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يلزم كالنفقة.

والثاني: لا تلزم.

والثالث: يوزع.

---

(١) انظر الأم (٥/٧٣).

فرع آخر:

لو قال لها: آذن لك أن تدخل داري وتستمتع بها ولكن لا آذن لها حتى تخرج إلى دارك هل يستحق النفقة وجهان، ذكره القفال، ولفظ الشافعي بعد هذا يدل على أنها تجب لأنه قال: وعلى العبد نفقة امرأته الحرة والكتابية والأمة إذا نويت معه بيتاً.

فرع آخر:

لو آجرت المرأة نفسها ولم يعلم الزوج حتى تزوجها فله الخيار بين مقامه علي وبين فسخه لأنه تفويت الاستمتاع في النهار عيب فاستحق به الفسخ، ولو مكنه المستأجر من الاستمتاع بها في النهار لم يسقط حقه من الخيار لأن المستأجر متطوع بالتمكين فلا يسقط خياراً مستحقاً ذكره في الحاوي.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلاَ يُبَرِّئُهُ مِمَّا وَجَبَ لَهَا مِنَ النَّفَقَةِ، وَإِنْ كَانَ حَاضِراً مَعَهَا إِلَّا إِقْرَارَهَا».

الفصل:

نفقة الزوجة تثبت في الذمة مستقراً سواء كان (ق١٩٦أ) حاضراً أو غائباً فرض القاضي أو لم يفرضه خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا تستقر إلا بالفرض وتسقط بمرور الزمان.

فإذا تقرر هذا فلو حلفا فقال الزوج: أنفقت عليك فيما مضى ما وجب لك عليّ وأنكرت فالقول قولها، لأن الأصل أنها لم تقبض ذلك، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال مالك: إن كان الزوج غائباً فالقول قولها لأن المرأة عاجزة بالغيبة عن طلب النفقة، وإن كان حاضراً وهي تعاشره فالظاهر أنها تقبض النفقة منه فالقول قوله. وهذا غلط لأن الأصل بقاءها فصار كالبائع إذا ادعى تسليم المبيع لا يكون القول قوله، لأن الحاضرة قد تتقاعد عن الطلب أو يمنعها منه مانع فلا يصح ما ذكره ولأنه لو كان عليه دين فمضى سنين وهو يصادفه، ثم ادعى القضاء، وأنكر صاحب الدين القبض فالقول قوله، وإن كان الظاهر قبضه.

فرع:

لو كانت أمة فاختلفت مع زوجها في الإنفاق، قال أصحابنا: القول قولها لأن النفقة حق لها يتعلق بالنكاح فكان المرجع فيها إليها فيها كالمطالبة بحق الإيلاء والعنة، ولو اختلفا في النفقة الماضية، وادعى الزوج أنه يعلمها وأنكرت وصدقه السيد، قال أصحابنا: لا تثبت دعواه بتصديق المولى ولكنه يكون شاهداً له بذلك فيشهد له ويحلف

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٤).

الزوج معه وتسقط نفقتها.

ومن أصحابنا من قال: ينبغي أن ينفذ إقراره في النفقة الماضية لأنها حق المولى وإنما حقها في النفقة في المستقبل وإذا ثبتت فللسيد قبضها والتصرف فيها كيف شاء، وهذا أصح عندي ولو كان الاختلاف في قبض صداقها فالخصومة بين زوجها وسيدها لأن المهر خالص حقه، وقد ذكرنا فيما تقدم.

فرع آخر:

لو اختلفا في قدر النفقة فقال الزوج: كنت فيما مضى معسراً فتستحق نفقة (ق١٩٦ب) المعسرين، وقالت المرأة: كان موسراً فإنها تستحق عليه نفقة الموسرين نظر، فإن عرف له يسار، ثم ادعى الإعسار فالقول قولها وعليه البينة على الإعسار، وإن لم يعرف له يسار فالقول قولها وعليها البينة، لأن الأصل عدمه.

فرع آخر:

لو اختلفا في التمكين فقالت: مكنت نفسي وانكسر فالقول قوله لأن الأصل عدمه وعليها البينة.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان:

فإن قلنا: تجب النفقة بالعقد فالقول قولها، لأن الأصل بقاءها وهذا ليس بشيء ونص الشافعي في أول هذا الباب فقال: لو ادعت المرأة التخلية فيه غير مخلية حتى يعلم ذلك منها.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَثَنِيَّةٌ فَأَسْلَمَ زَوْجُهَا فِي العِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ».

الفصل:

إذا تزوج وثني بوثنية، ثم أسلمت لا يخلو إما أن تكون غير مدخول بها أو يكون مدخولاً بها، فإن كانت غير مدخول بها فلا مهر ولا عدة عليها ولا نفقة لها، وإن كانت مدخولاً بها فلها المهر المسمى وعليها العدة ولها النفقة لأن الزوج يقرر على رفع هذه العدة، وإصلاح النكاح بالإسلام، وإن أسلم الزوج وتحلفت المرأة في الشرك، فإذا كان قبل الدخول فلها نصف المهر لأن الفسخ جاء من جهته قبل الدخول. فإن قيل: أليس لو وجد بامرأته عيباً قبل الدخول ففسخ النكاح لا مهر لها، وهذا الفسخ من جهته قيل: هذا بمعنى من جهتها فجعل بمنزلة الفسخ من جهتها بخلاف مسألتنا.

فإن قيل: فإذا كان العيب به ففسخت النكاح قبل الدخول أسقطتم المهر ولم تجعلوا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٤).

الفسخ من جهة، قيل: يغلّظ حبسها في الحالين لأنها هي المستحقة للمهر وليس كذلك إذا أسلم الزوج قبل الدخول لأن هذه الفرقة جاءت من جهته لا صنع له فيها ففرقنا بينهما.

وأما إذا أسلم الزوج بعد الدخول بها فعليه مهرها المسمى ولا نفقة لها لأن الامتناع (ق١٩٧أ) من جهتها فكانت بمنزلة الناشزة وأسوأ حالاً لأنها نشزت بالكفر، فإن أسلمت نظر، فإن كان بعد انقضاء عدتها لم يكن لها نفقة، وإن أسلمت قبل انقضاء عدتها كلها على الزوج واستحقت النفقة من أسلمت قولاً واحداً وهل لها النفقة لما مضى من زمان العدة قولان ذكرهما في كتاب النكاح.

فرع:

لو كانا مسلمين فارتد أحدهما فالحكم في المهر والنفقة على ما ذكرنا في الوثنيين إذا أسلم أحدهما، وإن ارتدا معاً كان الحكم كما لو ارتدت المرأة واختار القاضي الطبري، وقد ذكرنا في كتاب النكاح فيه وجهاً آخر.

فإن قيل: ينبغي أن توجبوا لها نصف المهر، لأن الفسخ بهما كما لو خالعها قبل الدخول لها نصف المهر، قيل: المغلب في الخلع جنبه الزوج لأنه الموقع للفرقة مأخذة منها، ولأن الزوج يخالع الأجنبية كما يخالعها وهي لا تقدر على الخلع إلا معه، فكان تصرفه أقوى، وإذا رجعت المرتدة إلى الإسلام هل تلزم النفقة لزمان الردة قيل: فيه قولان، وقيل: قول واحد لا تستحق لأنها ابتدأت الكفر بعد الإسلام فكانت الجناية أغلظ، ولو أسلم الزوج وتخلفت في الشرك فغار الزوج، ثم أسلمت في عدتها كان لها النفقة من حين أسلمت، وإن لم يعلم بخلاف ما لو نشزت وعاب، ثم عادت إلى الطاعة لا نفقة لها ما لم تعلم، وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم وهو أن نفقة الوثنية لم تسقط لخروجها عن قبضته بل سقطت بكفرها، فإذا زال الكفر عادت النفقة حاضراً كان الزوج أو غائباً وسقطت نفقة الناشزة بخروجها عن قبضته ولا تصير إلى قبضته إلا بعد علمه بالطاعة وهكذا الحكم لو ارتدت وغاب الزوج ثم رجعت إلى الإسلام في العدة عادت نفقتها وإن لم يعلم الزوج.

مسألة:

قَالَ[١]: «فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهَا فَلَمْ يُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَلاَ حَقَّ لَهُ لأَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهَا».

صورة المسألة (ق١٩٧ ب) أن يتزوج وثني بوثنية، ثم دفع إليها نفقة شهر، ثم أسلم وتخلفت هي في الشرك ولم تسلم حتى انقضت عدتها هل له أن يسترد منها تلك النفقة، قال أبو حامد: له أن يسترد سواء أطلق التسليم أو قيده لأنه دفعها بشرط أن يستحق في

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٤).

وقته، فإذا لم تستحقه استرجع منها ويفارق الزكاة حيث قلنا إذا دفعها قبل الحول، ولم يشترط أنها معجلة، ثم خرج عن زكاته من أصل الزكاة، لا يسترجع، لأن الظاهر لا يدل على أنه يدفعها واجباً فاحتاج إلى الشرط ليعلم، وفي النفقة الظاهر أنه يعجل ما وجب لها فلا حاجة إلى الشرط.

وقال غيره من أصحابنا: وهو الصحيح أنه إن شرط عليها أنها نفقتها أسلفها إياها رجع بها عليها، وإن لم يشرط فلا يرجع لأنه لا يدري أعطاها للنفقة أو هبة من جهته ولذلك لو أنفق عليها في زمان يخلعها فإن كانت بشرط أن يغطيها للنفقة جاز أن يسلم فلم يسلم له الرجوع وإلا فلا رجوع ولا فرق في الحقيقة بين مسألة الزكاة، وهذه المسألة فيختلف الإطلاق والشرط، وفي هذا دليل على أن الهبة لا يفتقر فيها إلى لفظ الهبة والإيجاب والقبول بخلاف ما قال بعض أصحابنا لأن الشافعي جعله تطوعاً عند الإطلاق، فإن قيل: يحتمل أنه أباحه قلنا: هذا لا يصح، لأنه لو كان إباحة لشرط أن يكون قد أتلفها حتى يسقط حقه منها.

مسألة:

قَالَ(١): «وعَلَى العَبْدِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ الحُرَّةِ وَالكِتَابِيَّةِ».

تقدير الكلام الحرة المسلم والكتابية لأن الحرة قد تكون كتابية، وقد تكون مسلمة وحكمها واحد وكان الأولى أن يقول وعلى العبد نفقة لامرأته المسلمة والكتابية ويحتمل أن يقال: أراد بالكتابية المكاتبة ويجوز أن يسمى المكاتبة كتابية نسبة إلى الكتابة والكتاب، قال اللّه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [النُّور: ٣٣] يعني الكتابة، وقد ذكرنا في كتاب النكاح (ق١٩٨أ) أنه يلزم على العبد أن ينفق على امرأته حرة كانت أو أمة أو مكاتبة أو ذمية أو مسلمة شرط ذلك عليه في عقد النكاح أو لا نفقته نفقة المقتر ولأنه لا يملك شيئاً فهو أسوأ حالاً من الحر المعسر لأنه يجوز أن يستفيد ملكاً، وهذا لا يملك، وإن ملك وإن قلنا بالقول القديم إنه يملك إذا ملك فلا يلزمه إلا نفقة المقتر لأنه لا يكون كامل الملك.

قال: وحكى أصحابنا عن مالك أنه قال: إذا لم يشترط في عقد النكاح نفقة لم يجب لأنه إذا لم يشترط يكون وجوبها على طريق المواساة ولا يجب على العبد المواساة بدليل أنه لا يلزمه نفقة أقاربه، وهذا غلط، لأن نفقتها تجب في مقابلة التمكين عوضاً كالمهر.

فإذا تقرر هذا قد ذكرنا فيما تقدم أنه يجب نفقتها في كسبه، فإن لم يكن له كسب، قال في القديم: تجب في رقبته لأن إذنه تضمن الإمكان ولا وجه له إلا الرقبة فعلى هذا يباع منه جزء فجزء إلى أن يباع جميعه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٤).

وقال في الجديد: لا يتعلق برقبته بل يكون في ذمته وتخير المرأة كما لو أعسر الحر بنفقتها.

فرع:

لو طلق العبد زوجته، فإن طلقها واحدة رجعية وجبت عليه نفقتها في عدتها، وإن طلقها بائناً فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها، وإن كانت حاملاً. فإن قلنا: النفقة للحامل وجبت النفقة عليه، وإن قلنا: إنها للحمل فيه وجهان:

أحدهما: لا تجب النفقة، لأن نفقة الأقارب لا تجب على العبد.

والثاني: تجب لأنها معلق بحق المعتدة ومصلحتها ذكره القاضي الطبري، ثم قال: وإذا احتاج إلى خدمتها فذلك له ولا نفقة لها وظاهره يوهم أن السيد إذا استخدم الجارية المزوجة لا نفقة لها على زوجها (ق١٩٨ب) وليس كذلك ومراد الشافعي ههنا إذا استخدمها على الدوام فلا نفقة، وإن استخدمها أحياناً وبعث إليه عند فراغها من خدمته، فقد ذكرنا أن لها النفقة لأن هذا يكون تمكين الإماء.

مسألة:

قَالَ[1]: **«وَمَنْ لَمْ تَكْمُلْ فِيهِ الحُرِّيَّةُ فَكَالمَمْلُوكِ».**

من بصفة حر وبصفة عبد يلزمه نفقة زوجته فيما يخص الرق يكون في كسبه وما يخص الحرية يكون في ذمته ولا شك أنه ينفق بما فيه من الرق نفقة المعسر وهو نصف مد، وأما بما فيه من الحرية نظر، فإن كان معسراً فعليه نصف مد آخر تمام المد الواحد، وإن كان موسراً بما فيه من الحرية.

قال الشافعي: نفقته نفقة المعسر أبداً، وإن كان يملك ألف دينار مثلاً لأنه لما كان حكمه حكم العبد الذي لم يعتق سبأ في النكاح والطلاق والعدة فكذلك في النفقة.

وقال المزني وبعض أصحابنا: عليه نفقة الموسر بما فيه من اليسار فيكون عليه مد ونصف نصف مد بما فيه من الرق ومد بما فيه من الحرية مع اليسار.

واحتج المزني فقال: إذا كان تسعة أعشاره حراً، قال الشافعي: يجعل أعشار ما يملك ويرثه مولاه الذي أعتق تسعة أعشاره فكيف لا ينفق على قدر سعته. وقال: قال الشافعي في كتاب الأيمان: إذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً كفر بالإطعام كالحر تبعض الحرية هناك ولم يجعله ببعض الحرية ههنا كالحر بل جعله كالعبد والقياس على أصله ما قلنا من أن الحر ينفق بقدر سعته والعبد منه بقدره، وكذا قال في كتاب زكاة الفطر على الحر منه بقدره في زكاة الفطر وعلى سيد العبد قدر الرق منه فالقياس ما قلنا ففهموه كذلك نحوه (ق١٩٩أ) إن شاء اللّه تعالى والجواب أن الشخص إذا كان بعضه مملوكاً

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٥).

وبعضه حراً كان بالمقدار المملوك ملتحقاً بالمماليك، وهذا نقصان ظاهر بمنعه حكم الملك المطلق ولا يكتسب كسباً قليلاً ولا كثيراً إلا وفيه لسيده شركة بسبب ما يملك من رقبته ولهذا لا يستغني عن مهايأة أو مقاسمة سوى المهايأة، وما دام في رقته شيء من أدق فهو مرهون بهذا النقص وما دام موصوفاً بهذا النقص فالأولى أن يستدام فيه آثار نقصان الرق إلى أن يستكمل صفة الحرية.

وأما ما ذكر من الميراث فيه قولان:

أحدهما: لا يرثه أحد، وإن سلمنا أنه يورث بقدر ما فيه من الحرية نقول: إذا مات وبعضه حر، وفي يده مال من حصة حريته، فهذا السيد كامل الملك ومن أهل الميراث وقد انقضى اعتبار نقصان الرق في الرقيق بموته فغلبنا جانب سيده الذي أعتقه ألا ترى أنه موروث هذا الشخص الذي بعضه رقيق وبعضه حر لو مات فلا ميراث له لأنه حين يأخذ الميراث بما فيه من نقصان الرق فكذلك لا يجوز أن يلزمه شيء من نفقة الأحرار وهو حين يلتزمها ناقص ينقص الرق.

وقد قال الشافعي في الجديد: لو أذن السيد لعبده فتمتع بالعمرة إلى الحج فلا يجزيه سوى الصوم ولو ملكه سيده شاة ليذبحها لم تجزه لأنه مملوك.

ثم قال: ولو مات العبد فذبح السيد عنه شاة وقعت موقعها ففاصل بين حياته وموته، وأيضاً الميراث مبني على التبعيض والنفقة لا تتبعض ألا ترى أن الحرة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار أو بالنهار دون الليل لم يستحق من النفقة شيئاً.

وأما ما ألزم المزني من الكفارة كيف يستقيم إلزامه وهو لا يجعله في النفقة كالحر المطلق ولكن يجعل حكمه (ق١٩٩ب) مبعضاً والشافعي لم يبعض حكمه في الكفارة في إلزامه الإطعام وإنما غلب جانب الحرية في الكفارة؛ لأن الكفارة حيث تجب إنما تجب بعقد اليمين والعبد والحر في عقد اليمين سواء، وهذه النفقة إنما يجب بعقد النكاح، ومن نصفه حرّ ونصفه عبد كالمملوك في عقد النكاح ألا ترى أنه لا يستغني عن الاستئذان فجاز أن يلحقه في مقدار النفقة بالمملوك كما لو ألحقناه في أصل عقد النكاح وعدد المنكوحات، ثم يعارضه بأنه لا يكفر بالعتق فدل أنه بمنزلة العبد، وقيل: إذا قلنا العبد لا يملك بالتمليك ولا يكفر إلا بالصيام، وإنما يكفّر بالإطعام على قوله القديم أنه يملك بالتمليك.

وأما زكاة الفطر فإنها تتبع النفقة وإذا كان بعضه حراً وبعضه رقيقاً يلزمه من نفقة نفسه مقدار حريته فتتبعها الزكاة بقدرها والتبعيض في زكاة الفطر غير مستنكر فإن العبد قد يكون مشتركاً بين السادات فيلزم كل واحد منهم بمقدار حصته بين نفقته.

فأما التبعيض في النفقات فما وجدنا له أصلاً ولا قائلاً يقول به فأما تغليب الحرية، وأما تغليب الرق ويبعد تغليب الحرية لما ذكرنا من عقد النكاح فوجب تغليب الرق. فإن قيل: النفقة تتبعض فإنها تلزم على المتوسط مد ونصف قيل: هذا ليس بتبعيض بل هو نفقة

كاملة على المتوسط كالمد على الفقير، وعلى ما ذكرنا لا يلزم نفقة أولاده وقراباته لأنه في حكم المعسرين.

وقال المزني في الجامع الكبير: يلزمه نفقة أقاربه تغليباً للحرية لأنه يمكن تبعيضها، وهذا غلط لما ذكرنا.

باب الرجل لا يجد النفقة من كتابين

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلَما دَلَّ الكِتَابُ وَالسُّنَّةُ عَلَى أَنَّ حَقَّ المَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ (ق٢٠٠أ) أَنْ يَعُولَهَا احْتَمَلَ أَنْ لاَ يَكُونَ لَهُ أَنْ يَسْتَمْتِعُ بِهَا وَيَمْنَعَ حَقَّهَا».

الفصل:

قد ذكرنا أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج فإذا أعسر بنفقتها لا يخلو إما أن يعسر بجميع نفقتها أو يعسر بما زاد على المد الواحد، فإن أعسر بجمع نفقتها كان لها الخيار بين أن ترضى بالمقام معه ونفقتها تصير ديناً في ذمته وتكتسب لنفسها ما يكفيها وبين أن تفسخ النكاح، فإن اختارت الفسخ رفعت أمرها إلى الحاكم حتى يفسخ الحاكم نكاحها ولا يجوز لها أن تفسخ بنفسها.

وبه قال عمر وعلي وأبو هريرة وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء بن أبي رباح، والحسن وحماد وربيعة ومالك، وأحمد، وإسحاق.

وقال القفال: فيه وجهان:

أحدهما: أنها تفسخ بنفسها بعدما ثبتت العجز عند القاضي.

والثاني: يؤمر الزوج أن يطلقها، فإن امتنع طلق عليه السلطان كما نقول في المولى قال الإمام أبو يعقوب الأبيوردي وعلى هذا يدل حديث عمر أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم إما أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا، وهذا غريب بعيد لم يذكره أهل العراق.

وقال أبو حنيفة: لا خيار لها بحال ولكن يلزمه رفع يده عنها لتكسب، وبه قال الزهري، وابن أبي ليلى، وعطاء بن يسار، وابن شبرمة، وقال القفال: هو قول آخر للشافعي، ذكره في كتاب تحريم الجمع، وهذا أيضاً غريب، وقال جدي الإمام، وبهذا أفتى رحمه اللَّه واحتجوا بأنها نفقة واجبة فلا تستحق فسخ العقد بها كالنفقة للأيام الماضية ونفقة الخادم، وهذا غلط لما روى أبو صالح عن أبي هريرة رضي اللَّه عنه أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما (ق٢٠٠ب).

وروي: من أعسر بنفقة امرأته فرق بينهما، وروى زيد بن أسلم عن أبي صالح، عن

---

(١) انظر الأم (٥/٧٦).

أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول» قال: ومن أعول يا رسول اللّه قال: «امرأتك تقول أطعمني وإلا فارقني، خادمك يقول: أطعمني واستعملني، ولدك يقول: إلى متى يتركني» أورده الإمام أحمد والبيهقي.

واحتج الشافعي بما روى أبو الزياد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما قلت: سنة يقال: سنة.

قال الشافعي: والذي يشبه قول سعيد سنة أن يكون سنة رسول الله ﷺ. وقال سفيان لوكيع: ما معنى قوله ﷺ الحسب المال والكرم التقوى فقال: أراد أن الرجل إذا كان له مال عظمة الناس فقال سفيان: ليس كذلك إنما هو قول أهل المدينة إذا لم يجد نفقة زوجته فرق بينهما.

واحتج أيضاً بما ذكره في آخر هذا الباب، وهو أن يثبت لها حق الفراق عند العجز عن النفقة والضرر أكثر، وفي فقدها فقد الحياة أولى. وأما النفقة الماضية فقد صارت ديناً في ذمته ونفقة الخادم لا تقصد بكل نكاح بخلاف هذا.

فرع:

إذا أعسر بما زاد على المد لا خيار لها ولا نصير ديناً في ذمة الزوج وكان الموكل الواجب لها.

فرع آخر:

لو أعسر بكسوتها لها الخيار لأن الكسوة كالقوت ويحتاج إليها لنفي الحر والبرد وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا خيار لها لا بنية الخلقة لا تقتضي الكسوة والبدن يقوم بدونها وهذا ليس بشيء.

فرع آخر:

لو أعسر بسكناها لها الخيار لأنه يحتاج إليها ليكفها من الحر والبرد. قال أبو حامد، وجماعة لا نص فيه (ق٢٠١أ) والقياس أنه لا خيار لها لأنه تابع ولا يعدم موضعاً يسكن فيه وتكن أجرته في ذمته يتبع به إذا وجد ويحتمل أن يثبت الخيار لها، والأصح عندي ثبوت الخيار لها.

فرع آخر:

لو أعسر بأدمها، قال الداركي: لها الخيار عندي لأن الإدم بمنزلة النفقة ووجوب أحدهما لمن له وجوب الآخر.

وقال أبو حامد: لا نص فيه والذي يجيء على المذهب أنه كالقوت والذي اختاره أنه لا خيار لها لأنه تبع وتقوم النفس بدونه ويكون عوضه في ذمته لأنه لا يسقط بالإعسار

وهو اختيار القفال: وعندي الأول أصح لأنها تستضر بعدمه ضرراً بيناً. وقال في «الحاوي»(١): إن كان قوتاً ينساغ للفقراء كله على الدوام بغير أدم لم تفسخ وإلا فسخت، وهذا حسن.

فرع آخر:

لو أعسر بنصف مد وقدر على نصف مد كل يوم أو قدر على مد يوماً وأعسر يوماً فلها الخيار.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر لا خيار لها لأن البدن يقوم بما وجد وإن لخفتها مشقة، وهذا ليس بشيء.

فرع آخر:

لو أعسر بنفقة يوم فلم تفسخ ثم وجد نفقتها في اليوم الثاني لا خيار لها لإعساره بنفقة الأمس لأنها تثبت في ذمته ديناً.

فرع آخر:

لو كان لا يجد في أول اليوم إلا نفقة الغداء وفي آخره إلا نفقة العشاء ففي خيارها وجهان:

أحدهما: لا خيار لها لأنها تصل إلى الكفاية في وقتها.

والثاني: لها الخيار لا نفقة اليوم لا تبعيض ولو تبعضت لجاز أن يعطيها لقمة لقمة.

فرع آخر:

إذا كان الرجل موسراً فامتنع من الإنفاق عليها أجبره السلطان عليه فإن امتنع ولا يعرف له مال ظاهر حبسه أبداً حتى ينفق، وإن كان له مال ظاهراً أنفق عليها منه، وإن غاب غيبة معروفة أو غيبة منقطعة فلا خيار لها وإن تعذر استيفاء (ق٢٠١ب) النفقة من ماله لأنه لا عيب بذمته، وهذا الخيار إنما يثبت الغيب بذمته، وهو معدوم عند الانتفاع، فإن طالت غيبته وخفي خبره صارت امرأة المفقود، وقد مضى حكمه.

قال أبو حامد: وهذا مما يغلط فيه الفقهاء يقولون لها الخيار إذا تعذر استيفاء النفقة بهربه أو غيبته.

وقال في «الحاوي»(٢): فيه وجهان وقول الأكثرين أنها لا تفسخ، وقال القفال: مرة فيه قولان:

أحدهما: لا خيار كما لو امتنع من وطئها مع القدرة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٥٧). (٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٥٦).

والثاني: لها الخيار؛ لأن المنع كالعجز كما لو منع المشتري الثمن فالبائع أحق بماله وقال مرة أخرى، إن قلنا في العاجز: لا خيار فههنا أولى، وإن قلنا لها الخيار هناك فههنا وجهان والمشهور من المذهب ما ذكره أبو حامد والمصلحة في الفتوى على الوجه الآخر لأن عليها في الصبر ضرراً، وهو اختيار القاضي الطبري ذكره في الشامل وقبل كلام الشافعي يدل على هذا لأنه قال: احتمل أن لا يكون له أن يستمتع منها ويمنع حقها، وهذا لا يصح لأنه ذكر بعد هذا ما يدل على أن المراد به المنع بالاعتبار دون الظلم.

مسألة:

قَالَ[1]: «**إِذَا وَجَدَ نَفَقَتَهَا يَوْماً بِيَوْمٍ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا**».

إذا كان الرجل يكتسب في كل يوم قدر ما ينفقه على زوجته في ذلك اليوم لا يثبت لها حق الفسخ لأنها إنما استحق نفقتها يوماً فيوماً وهو قادر عليها ولا تجب نفقتها للزمان القابل، وقال في «الحاوي»[2]: حال من أحوز به النفقة على ثمانية أقسام:

أحدها: أن يكون لشروعه في عمل لم يستكمله بعد ويقدر بعد استكماله على النفقة كالنساج الذي ينسج في كل أسبوع ثوباً، فإذا نسجه كانت أجرته نفقة أسبوعه فلا خيار لزوجته، لأنه في حكم الواحد، وإن تأخرت وينفق من الاستدانة (ق٢٠٢أ) لإمكان القضاء، ويحكى هذا عن أبي إسحاق.

والثاني: أن يكون لتعذر الحمل كالبناء والنجار فلم يستعمله أحد، فإن كان تعذره نادراً لا خيار، وإن كان غالباً فلها الخيار.

والثالث: أن يكون لعجز عن التصرف كالصانع إذا مرض، فإن كان مرجو الزوال بعد يوم أو يومين لا خيار، وإن كان بعيد الزوال لها الخيار.

والرابع: أن يكون لدين له غريم لا يملك سواه ومطلة، فإن كان معسراً فالدين عليه بأنه فلها الخيار، وإن كان على موسر حاضر فمالك الدين موسر به فلا خيار ويحبس الغريم حتى يؤدى والزوجة في حكم من زوجها موسر، وقد منعها النفقة يحبس على نفقتها، وإن كان الدين على موسر غائب ففي خيارها وجهان كالوجهين في زوجة الموسر الغائب.

والخامس: أن يكون المال غائباً عنه ينتظر قدومه لينفق منه، فإن كان على مسافة قريبة لا تقصر في مثله الصلاة لا خيار لها لأن ماله في حكم الحاضر ويؤخذ بتعجيل نقله، وإن كان بعيداً فهو في حكم النيابة ومالكه كالمعدوم فلها الخيار.

والسادس: أن يكون مالكاً لمال حاضراً استحق عليه في ديونه لا خيار لها قبل

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٦).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٥٨، ٤٥٩).

قضاء الدين لأن له أن ينفق منها قبل القضاء والمستحق في قضائه ما فضل عن قرب يومه وليلته، فإذا قضى دينه صار بعد يومه معسراً فلها الخيار.

والسابع: أن يعجز عن حلال الكسب ويقدر على محظوره فهو على ضربين، فإن كانت أعياناً محرمة كالسرقة وأثمان الخمور فالواحد لها كالعادم، والثاني: أن يكون الفعل الموصل إليه محظوراً كصناع الملاهي المحظورة لأنه مستعمل في محظور لا يستحق به ما سمي له من الأجرة ولا بد أن يستحق لتفويت عمله أجراً فيصير به موسراً (ق٢٠٢ب) ولا يكون لزوجته خيار وكذلك كسب النجم والكاهن يوصل إليه بسبب محظور لكنه قد أعطى عنه عن طيب نفس المعطى فأجرى مجرى الهبة، وإن كان محظور السبب فساغ له إنفاقه وخرج به من حكم المعسرين وسقط به خيارها.

والثامن: أن يكون عجزه لعدم الملك والكسب فهو المقتر على الإطلاق فلها الخيار وهذا كله حسن صحيح.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَمْ يُؤَجَّلْ أَكْثَرَ مِنْ ثَلاَثٍ».

الإعسار على ضربين: إعسار تأخير، وإعسار عجز، فأما إعسار التأخير فما ذكرنا في النساج والصانع فلا يثبت الخيار لأنه تأخير لا يستضر به كبير ضرر، وأما إعسار العجز والعدم فيثبت الخيار على ما ذكرنا ولكن هل يؤجل ثلاثاً.

قال في القديم: خيارها على الفور ولا يؤجل، وقال: ههنا يؤجل ثلاثاً ولا يؤجل أكثر، وقال في الإملاء: يؤجل يوماً وليس هذا قولاً آخر وأراد إذا أجل يوماً جاز ولم يرد أنه لا يؤجل أكثر من ذلك.

واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: فيه قولان كما قلنا في الثاني بالمرتد والمولى إذا قال: أجلوني للجماع هل يؤجل ثلاثاً؟ قولان:

أحدهما: لا يؤجل لأن سبب الفسخ الإعسار، وقد وجد.

والثاني: يؤجل ليتيقن الإعسار، لأن الكسب ربما يقف، ثم يظهر. ومن أصحابنا من قال: يؤجل ثلاثاً قولاً واحداً، وهذا اختيار القفال.

فرع:

إذا أمهلناه ثلاثة أيام فمضى يومان، ثم وجد نفقة اليوم الثالث ثم أعسر لا يستأنف له مدة الثلاث بل اليوم الرابع يتمم ثلاثة أيام فيخير لأنا لو قلنا: لا يثبت الخيار إلا بثلاثة أيام متوالية أدى إلى الإضرار بها وعلى هذا إذا لم ينفق عليها يوماً وأنفق يوماً، ثم لم ينفق يوماً كذلك (ق٢٠٣أ) حتى كملت بالتلفيق ثلاثة أيام فلها أن تفسخ النكاح وكذلك لو

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٦).

لم ينفق ثلاثة أيام، ثم أنفق في اليوم الرابع، ثم أعسر خير في الحال لأن التأجيل قد حصل، ذكره القفال وجماعة، ومن أصحابنا من قال: إنه يؤجل دفعة أخرى، فإن تكرر وصارت عادة تخير، وهذا حسن والصحيح ما سبق.

فرع آخر:

قال الشافعي: ولا تمنع المرأة في الثلاث أن تخرج فتعمل، وأراد به أنه إذا أمهل الزوج ثلاثة أيام ليس له أن يحجر عليها في طلب ما يقوتها ويسد رمقها من اكتساب ومسألة فإن وجد النفقة بعد الثلاث أنفق عليها وإلا كان لها الخيار.

فرع آخر:

لو كان لها مال ليس له منعها من الخروج من الدار أيضاً للكسب ولو قدرت على الاكتساب في منزلها بغزل أو خياطة وأرادت الخروج للكسب يعمل في غير منزلها كان لها ولا يستحق الحجر عليها في أنواع الكسب ويلزمها أن ترجع بالليل إلى منزل الزوج لأنه زمان الإيواء لا العمل.

فرع آخر:

إذا رجعت بالليل فأراد الاستمتاع بها لا يمنع لأن الليل زمان الدعة ولا يستحق ذلك في النهار، ولو امتنعت في الليل صارت ناشزة لا نفقة لها وهكذا إذا رضيت بالمقام معه على إعساره مكنها من الاكتساب نهاراً واستمتع بها ليلاً ونفقتها تصير ديناً عليه بالتمام يؤخذ بعد يساره وليس كالأمة تسقط نفقتها إذا بالليل دون النهار لأن منع الأمة من جهتها ومنع المعسر من جهته فلا تسقط به نفقتها، ذكره في «الحاوي»[1].

ثم قال الشافعي: «فَإِنْ لَمْ يَجِدْ خُيِّرَتْ كَمَا وَصَفْتُ فِي هَذَا القَوْلِ» وهذا منه إشارة إلى قول آخر، وقد ذكرنا ما قاله القفال والمشهور المسألة على قول واحد. (ق٢٠٣ب).

مسألة:

قَالَ[2]: «فَإِنْ وَجَدَ نَفَقَتَهَا وَلَمْ يَجِدْ نَفَقَةَ جَارِيَتِهَا لَمْ تُخَيَّرْ».

إذا أعسر بنفقة خادمة زوجته لا خيار لها لأنه لا ضرر عليها في نفسها تفقد نفقة خادمتها وهي بتماسك نفقة نفسها، ولأن نفقة خادمتها ليست بعوض من تسليم نفسها بخلاف نفقتها فإنها عوض من تسليم نفسها فافترقا، وقيل له إسقاط نفقة خادمتها بأن يخدمها بنفسه، وما كان له إسقاطها لا يثبت الخيار لها بالعجز عنها، فإذا ثبت هذا، فإن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٦٠). (٢) انظر الأم (٥/ ٧٧).

نفقة خادمتها تكون ديناً في ذمته تطالبه بها إذا أيسر وإنما كان كذلك لأنه اعتبر في وجوبه حالها بخلاف المد الزائد، فإنه لا يثبت في ذمته لأنه اعتبر في وجوبه حاله.

واعلم أن حق المطالبة بنفقة الخادمة للزوجة لا للخادمة لأنها من كمال نفقة الزوجة، وقال بعض أصحابنا بخراسان في نفقة الخادمة وجه آخر لها الخيار بالعجز عنها لأنها مستحقة بالنكاح كنفقة الزوجة، وهذا ليس بشيء.

فرع:

لو خدمها الزوج في مدة إعساره بنفقة خادمها ففي رجوعها عليه بنفقة الخادم وجهان مخرجان من الوجهين هل يجوز للزوج أن يسقط بخدمته لها نفقة خادمها أم لا.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَمَنْ قَالَ هَذَا لَزِمَهُ عِنْدِي إِذَا لَمْ يَجِدْ صَدَاقَهَا أَنْ يُخَيِّرَهَا».

الفصل:

إذا أعسر بالصداق اختلف أصحابنا فيه على طرق:

أحدها: إن كان قبل الدخول فيه قولان:

أحدها: إن كان قبل الدخول فيه قولان:

أحدهما: لا خيار لها لأن نفسها تقوم بدون الصداق بخلاف النفقة، وأيضاً النفقة بإزاء الاستمتاع بدليل أنها تسقط بالنشوز، فإذا لم ينفق كان لها أن تمنع الاستمتاع على وجه تنتفع هي به وهو بالفسخ والمهر إنما وجب بالعقد وهي قد صارت حكماً فلا خيار لها بالعجز عنه، ومن قال هذا (ق٢٠٤أ) قال: تأويل كلام الشافعي في الإملاء لها الخيار يعود إلى النفقة لا إلى المهر.

والثاني: لها الخيار لأنه بدل من البضع كثمن المبيع والأجرة، وهذا أقيس، وإن كان بعد الدخول فلا خيار لها قولاً واحداً لأنه صار ديناً في ذمته ويلف ما في مقابلة فهو بمنزلة النفقة الماضية، وأيضاً فإنها لما سلمت نفسها كان ذلك رضا منها بكونه في ذمته فلم يكن لها الفسخ، وهذه الطريقة ذكرها ابن أبي هريرة واختارها صاحب الإفصاح.

والثانية: لا فرق بين أن يكون قبل الدخول أو بعده فيه قولان لأنها سلمت بعض المعقود عليه والمهر في مقابلة جميع الوطيات الماضية والمستقبلة فلها الفسخ للمستقبل كما لو وجد بعض المبيع في يد المفلس له الخيار.

والثالثة: إن كان قبل الدخول يثبت لها الخيار قولاً واحداً ويحمل على اختلاف الحالين، وهذا اختيار أبي إسحاق، قال القفال: وعلى هذا إذا حصل الدخول على أي

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٧).

وجه كان طوعاً أو كرهاً أو غلطاً سقط حق الفسخ لأن تقرير المهر قد حصل فلو فسخت انتفعت هي به دون الزوج وينبغي أن ينتفع هو بالفسخ أيضاً لسقوط الصداق عنه.

والرابعة: إن كان قبل الدخول لها الخيار، وإن كان بعد الدخول فقولان والأصح ثبوته، وهذا اختيار أبي حامد، وهذه الطريقة أحسن وأصح عندي.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا مبني على النفقة واختلف أصحابنا في كيفية البناء فمنهم من قال إن قلنا: هناك يثبت الخيار فههنا أولى، وإن قلنا: هناك لا يثبت فههنا قولان، والفرق أن النفقة بإزاء الاستمتاع، فإذا أعسر بها يمنع ما بإزائها وهو أن لا تمكن نفسها والمهر بإزاء طلب البضع، فإذا أعسر به يمنع الملك، ومنهم من قال: إن قلنا هناك لا يثبت الخيار (ق٢٠٤ب) فههنا أولى وإن قلنا: هناك يثبت فههنا قولان والفرق ما تقدم فحصل خمسة طرق وهذه الطريقة الأخيرة أضعفها.

فرع:

لو كانت منقوصة فأعسر بصداقها لا خيار لها لأنه لا مهر لها بالعقد على الصحيح من المذهب ولكن لها المطالبة بفرض المهر، فإذا فرض التحق بالمسمى في العقد.

فرع آخر:

لو كانت امرأته أمة فأعسر بصداقها ونفقتها ففي المهر الخيار للسيد دونها لأنه حقه، وفي النفقة الخيار لها على ما ذكرنا من قبل ولو قال السيد لها أنا أنفق عليك عن الزوج لا خيار لها، ولو كانت معتوهة لا خيار لها، لأنه لا قول لها ويلزم المولى أن ينفق عليها ولو كانت عاقلة فلم تختر الفسخ فقول السيد إن أردت النفقة فافسخي النكاح وإلا لا نفقة لك لأنها تقدر على طلب الفسخ.

فرع آخر:

لو كانت الزوجة صغيرة ليس للولي طلب الفسخ بل ينفق من مالها عليها، فإن لم يكن لها مال فنفقتها على قريبها الذي يلزمه لو لم تكن زوجته ثم إذا أيسر الزوج بعده يؤخذ من نفقتها الماضية.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَو اخْتَارَتْ المَقَامَ مَعَهُ فَمَتَى شَاءَتْ أَجّل أَيْضاً».

إذا أعسر بنفقة امرأته فخيرناها فاختارت المقام معه، ثم بدا لها، فاختارت الفسخ كان لها الفسخ لأن وجوب النفقة يتجدد كل يوم ولا يصح الرضاء بإعسار ما لم يجب فكان لها المطالبة وكان عفوها عن الماضي لا عن المستقبل ولا فرق في هذا بين أن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٧).

يكون علمت عسرته حين عفت وبين أن لا تكون عالمة بعسرته لأنها ربما تعفو عن ماضي حقها رجاء أن يؤسر في المستقبل أو يتطوع عنه إنسان بالعزم وكذلك لو تزوجت به مع علمها بفقره فلها الخيار به.

فرع:

لو علمت بعسرته عند العقد هل لها الخيار لأجل الصداق وجهان:

أحدهما: لا خيار لها؛ لأنها لو رضيت به (ق٢٠٥أ) في النكاح لا يبقى لها الخيار فكذلك إذا دخلت في العقد مع الرضاء لا خيار ولأنه تجب بالعقد، وقد رضيت بتأخيره؛ لأنه كان معسراً به والنفقة تجب بعد العقد ويرجى التحصيل بالتكسب والاجتهاد غالباً بخلاف الصداق.

والثاني: لها الخيار لأنها لا يتحقق دوامه لجواز أن يوسر أو يتطوع به متطوع ولهذا لو باع شيئاً من رجل فعلم إفلاسه له فسخ البيع لتعذر استيفاء الثمن وكما نقول في النفقة.

فرع آخر:

إذا عادت إلى المطالبة بعد الرضاء بإعساره، قال القفال: يستأنف الإمهال ثلاثة أيام وهو ظاهر ما ذكر ههنا لأنه قال: فمتى شاءت أجل أيضاً بخلاف امرأة المولى إذا رضيت، ثم عادت إلى المطالبة بوقت في الحال لأن تلك مدة مضروبة بنص الكتاب وههنا ضربنا له المدة رفقاً له، فإذا رضيت سقط حكم تلك المدة وعندي يحتمل أن يقال لا تستأنف له المدة، وقول الشافعي أجل لا ينتفي التأجيل ثلاثة أيام.

فرع آخر:

إذا أعسر بالصداق وقلنا: لها الخيار فخيارها على الفور بعد التنازع فيه إلى الحاكم، لأن الفسخ به لا يثبت إلا عند الحاكم، فإذا أمسكت عن محاكمة بعد العلم بإعساره نظر، فإن كان إمساكها قبل المطالبة بالصداق كانت على الخيار عند محاكمته لأنه قد يجوز أن يوسر به عند مطالبته، وإن كان إمساكها بعد المطالبة سقط خيارها وكان الإمساك عن محاكمته رضاء بإعساره ولو حاكمته وعرض عليها الحاكم الفسخ فاختارت المقام سقط خيارها، فإن عادت محاكمة له فطلب الفسخ لا خيار لها إن كانت المحاكمة الأولى بعد الدخول لاستواء إعساره في الحالين، وإن كانت المحاكمة الأولى والرضا (ق٢٠٥ب) فيها بالمقام قبل الدخول، والمحاكمة الثانية بعد الدخول ففي استحقاقها للخيار وجهان:

أحدهما: لا خيار كما لو كانت المحاكمتان بعد الدخول ففي استحقاقها وللخيار وجهان:

أحدهما: لا خيار كما لو كانت المحاكمتان بعد الدخول.

والثاني: لها الخيار، لأن ملكها قبل الدخول كان مستقراً على نصفه وبعد الدخول على جميعه فصار إعساره بعد الدخول بحق لم يكن مستقراً قبل الدخول فجاز أن تستجد به خياراً لم يكن، ذكره في الحاوي وسائر أصحابنا قطعوا بأنه لا يتحدد لها الخيار به إذا رضيت مرة.

فرع آخر:

لا تسقط النفقة عندها بمضي الزمان سواء فرضها الحاكم أو لم يفرضها، وبه قال مالك، وأحمد في رواية، وقال أبو حنيفة: تسقط إلا أن يفرضها الحاكم فلا تسقط بعد فرضها، وهذا غلط لأنها تجب في حالتي اليسار والإعسار كالمهر والديون.

مسألة:

قَالَ(١): **«وَلَهَا أَنْ لاَ تَدْخُلَ عَلَيْهِ إِذَا أَعْسَرَ بِصَدَاقِهَا حَتَّى تَقْبِضَهُ»**.

معناه إذا رضيت بالمقام معه ولم تفسخ النكاح للإعسار بالصداق فلها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تأخذ الصداق، لأن الصداق في مقابلة البضع، فإن أصابها مرة مطاوعةً قد ذكرنا أنه يسقط حق حبسها، وإن أصابها مكرهة قد ذكرنا فيه وجهين:

أحدهما: لها الحبس كالمشتري إذا قبض المبيع كرهاً قبل دفع الثمن فللبائع الاسترجاع للحبس.

والثاني: ليس لها الحبس لأن المهر قد تقرر عليه، وإذا استرد البائع المبيع يرتفع تقرير الثمن على المشتري وههنا بامتناعها لا يرتفع تقرير المهر عليه فافترقا، وإن كان موسراً بالصداق فقال: لا أدفع حتى تسلمي نفسك وقالت (ق٢٠٦أ) لا أسلم نفسي حتى تدفع الصداق ذكرنا في كتاب النكاح، واللَّه أعلم.

باب نفقة التي لا يملك زوجها رجعتها

مسألة:

قَالَ(٢): **قَالَ اللَّهُ تَعَالَى**: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ **[الطّلَاق: ٦]. وقال تعالى**: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ **[الطّلَاق: ٦] فَلَمَّا أَوْجَبَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ لَهَا النَّفَقَةِ بَالحَمْلِ دَلَّ عَلَى أَنَّ لاَ نَفَقَةَ لَهَا بِخِلاَفِ الحَمْلِ»**.

قد ذكرنا فيما مضى أن لكل مطلقة السكنى سواء كانت حاملاً أو حائلاً رجعية كانت أو بائنة.

وأما النفقة فإن كانت رجعية فلها النفقة لأنها في معاني الأزواج، وإن كانت بائناً فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها خلافاً لأبي حنيفة، وهذا لأن اللَّه تعالى أوجب السكنى

(١) انظر الأم (٥/ ٧٧).

(٢) انظر الأم (٥/ ٧٨).

للمطلقة على الإطلاق وقيد النفقة بالحمل فقال: وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولم يرد به الرجعية فدل أنه أراد به البائنة وبذلك جاءت السنة في فاطمة بنت قيس حيث قال لها ﷺ: ليس لك نفقة وكانت بائنة، وروي أن النبي ﷺ قال لها: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حائلاً» وروي عن جابر رضي اللّه عنه أنه قال: «نفقة المطلقات ما لم يحرم» يعني ما لم تكن بائنة، وقال عطاء: ليست المبتوتة الحبلى منه في شيء إلا أنه ينفق عليها من أجل الحبل، فإن كانت حبلى فلا نفقة لها، وقد ذكرنا أنها للحمل أو الحامل قولان منصوصان، والأصح أنها تستحق في الحال فالأمارات لأن الأحكام تتعلق بها.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَكُلُّ مَا وَصَفْتُ مِنْ نَفَقَةٍ أَوْ مُتْعَةٍ أَوْ سُكْنَى فَلَيْسَتْ إِلَّا فِي نِكَاحٍ فَلاَ نَفَقَةَ حَامِلاً أَوْ غَيْرَ حَامِلٍ (ق٢٠٦ب).

قال أصحابنا: أراد بالنكاح المنسوخ إذا فسخ أحدهما النكاح لوجود عيب بصاحبه فلا تجب النفقة ولا السكنى لأن ذلك بمنزلة النكاح الذي وقع فاسداً في الأصل، وقد بيناه في كتاب النكاح.

فأما قول الشافعي حائلاً أو غير حامل إنما ذكر على القول الذي يقول النفقة للحامل، فأما إذا قلنا النفقة للحمل فلها النفقة وكذلك المنكوحة نكاحاً فاسداً مثل نكاح المتعة والنكاح بلا ولي ولا شهود، إذا كانت حائلاً هل تستحق النفقة فيه قولان لأن النسب ثابت منه في الحالين:

واعلم أن الشافعي أوجب ههنا للمبتوتة الحال النفقة بسبب الحمل، ثم ذكر النكاح الفاسد ولم يجعل للحامل النفقة وعطف إحدى المسلمين على الأخرى وفرق بينهما والقياس يقتضي التسوية بين المسلمين في بنائهما على القولين، وهذا موضع الإشكال ولكن يحتمل أن يقال إذا كانت معتدة عن نكاح صحيح فإنها بحق العقد الصحيح تستحق حقوق الحضانة في تربية الولد وهي مشتغلة بما هو أبلغ من الحضانة لأنها تربية في بطنها فاستحقت عليه النفقة لحق العقد السابق ما دامت في العدة عن ذاك العقد وإذا كان الوطء شبهة لم يثبت ما فيه مثل هذا الحق، وقال صاحب الحاوي[2]: إذا فسخ نكاحها بالعيب المتقدم على العقد وهي حامل هل تستحق نفقتها في زمان الحمل ويجعل كالمنسوخ من أصله؟ قولان بدليل استحقاق مهر المثل، هكذا قال أصحابنا والصحيح عندي أن لها النفقة قولاً واحداً إلحاقاً بالفسخ الطارىء الرافع لاستدامة العقد في هذا الحكم لأنه وجد موجبي الاستحقاق قبل الفسخ من استحقاق التمكين وحرمة العقد.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٩).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٦٧).

مسألة:

قَالَ[(١)]: «فَإِنْ ادَّعَتِ الحَمْلِ (ق٢٠٧أ) فَفِيهَا قَوْلاَنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لاَ يَعْلَمُ بِيَقِينِ حَمْلِهَا حَتَّى تَلِدَ فَتُعْطَى نَفَقَةَ مَا مَضَى».

الفصل:

قد ذكرنا أن النفقة للحمل أو للحامل قولان والصحيح أنها للحامل وقوله ههنا حتى تلد فيعطى نفقة ما مضى دليل على أن النفقة للحامل لأن نفقة الأقارب يسقط لمضي الزمان.

وحكى ابن الحداد، عن الشافعي رحمة اللَّه عليه أنه قال: لو أن مسلمة ارتدت فلا نفقة لها على زوجها، وإن كانت حاملاً وكذلك لو أسلم الزوج وتخلفت عن الإسلام وهي حامل فلا نفقة لها على زوجها ما لم يسلم كما لا نفقة لها إذا لم يكن حائلاً، وهذا يوضح أن نفقة الحامل لها في نفسها لا للولد.

والثاني: أنها للحمل وقد ذكرنا أنها هل تستحق قبل الوضع قولان.

فإذا قلنا: يستحق وهو اختيار المزني فقولها لا يقبل في وجوب النفقة حتى تشهد أربع نسوة عدول أن بها حملاً أو يشهد رجلان أو رجل وامرأتان بذلك، فإذا أقامته البينة أنفق عليها من وقت تقام البينة يوماً بيوم ودفع إليها نفقة ما مضى من حين الطلاق إن قامت البينة بالحمل، وإذا أنفق عليها، ثم بان أنه كان ريحاً ولم يكن حملاً.

قال أبو إسحاق إذا قلنا: يلزمه أن ينفق عليها في حال الحمل رجع عليها بما أنفق سواء حكم عليه الحاكم أو لم يحكم بذلك وسواء شرط عليها الرجوع أو لم يشرط لأنه أنفق ما لزمه أن ينفق، فإذا تبين أنه لم يكن لازماً رجع عليه.

وإذا قلنا: لا يلزمه أن ينفق عليها حتى تضع فتبرع وأنفق، فإن كان بحكم الحاكم رجع، وإن كان من غير حكمه، فإن كان الدفع بشرط الحمل رجع، وإن كان مطلقاً لا يرجع لأن ظاهره تطوع.

فإن قيل: إذا أنفق الرجل على امرأته ثم تبين أن النكاح كان فاسداً ففرق الحاكم بينهما لا يرجع الزوج عليها بما أنفق فما الفرق (ق٢٠٧ب) قيل: الفرق أن الزوج أنفق عليها في مقابلة ما أتلف عليها من منافعها وهو الاستمتاع الذي استمتع بها فلم يجز أن يرجع عليها بما أنفق بخلاف مسألتنا.

فإن قيل: لو كان ذلك على طريق المعاوضة لوجب إذا مكنته من الاستمتاع إلا أنه لم يستمتع بها ولم يسلمها أن يكون لها المطالبة بنفقة ما مضى قبل العوض في النكاح الفاسد لا يجب إلا بالإتلاف. فأما بالتمكين فلا يجب ألا ترى أن المشتري لا يلزمه تسليم الثمن في البيع الفاسد بالتمكين من المبيع ما لم تبلغه فإذا أتلفه يلزمه ذلك ههنا،

---

(١) انظر الأم (٥/ ٧٩).

وقال في «الحاوي» إن لم يشترط فيها التعجيل لم يرجع لأنه متطوع، وإن شرط فيها التعجيل، فإن ضمنها الرجوع بها إن أنعش حملتها فله الرجوع اعتباراً بالشرط، وإن لم يضمنها الرجوع بها فيه وجهان:

أحدهما: يرجع، وهو الأصح تغليباً لحكم ما أشرطه من التعجيل كما في تعجيل الزكاة.

والثاني: لا يرجع بها إذا شرط التعجيل حتى يشترط التضمين معه لاحتمال التعجيل واختلاله بالتضمين الذي هو أقوى.

قال القفال: وعلى ما ذكرنا أقول في دلالة باع شيئاً من رجل فأجرته على البائع الذي أمره بذلك، فإن أخذ من المشتري شيئاً، وقال: وهبت هذا لي فقال: نعم إن عرف أنه لا شيء له، وأنه متبرع بالهبة صحت الهبة، وإن ظن أنه واجب عليه أن يهب فله الرجوع لأنه لم يتبرع، وهذا لأن الأصل أن من أعطى شيئاً على أنه واجب فبان أنه غير واجب فله الرجوع.

فرع:

إذا قلنا: لا يلزمه أن ينفق عليها في زمان الحمل فوضعت يلزمه نفقة ما مضى لها من حين الطلاق إلى أن وضعت سواء قلنا إنها للحمل أو لا، ولا يسقط بمضي المدة، وإن قلنا: إنها للحمل ويخالف نفقة الأقارب لأن المستوفي ههنا الزوجة (ق٢٠٨أ) فلحقت بنفقة الزوجات ولم تسقط بمضي الوقت.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَلَوْ ظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ فَنَفَاهُ وَقَذَفَهَا وَلاَعَنَهَا لاَ نَفَقَةَ عَلَيْهَا».

قال أصحابنا: يحتمل أن يكون المراد به أنه إذا قذف زوجته فلاعنها وانتفى من حملها لا نفقة لها ولا سكنى.

وأما النفقة فلا تستحق؛ لأن الحمل ليس منه، وإذا لم يكن الحمل منه لا نفقة سواء قلنا: النفقة للحامل بسبب الحمل أو قلنا إنها للحمل.

وأما السكنى قال أبو حامد: لها السكنى لأنهما افترقا عن نكاح صحيح، وقال غيره فيه وجهان:

أحدهما: لا يجب لما روي في خبر المتلاعنين قضى رسول الله ﷺ أن لا نفقة لها ولا يثبت لأنهما يفترقان من غير طلاق.

والثاني: لها السكنى لأن اللّه تعالى أوجب للمعتدة السكنى وهذه الفرقة يختلف فيها فمنهم من يقول طلاق ومنهم من يقول فسخ فلم تسقط السكنى إلا بيقين وقيل:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٠).

الفسخ الطارىء يجعل بمنزلة النكاح الفاسد، وهذا فسخ وإيجاب السكنى فيه مناقضة ولكنه يتعلق بقول الزوج فيجري مجرى قطع النكاح بالطلاق كما قلنا في الخلع مع قولنا إنه فسخ قالوا: ويحتمل أن يكون راجعاً إلى المطلقة دون الزوجة، فينظر، إن كانت رجعية حكمها حكم الزوجة، وإن كانت بائناً هل يجوز اللعان على نفي حملها، قد ذكرنا في كتاب اللعان قولين:

فإذا قلنا له: إنه لاعن فلاعن فالحكم على ما ذكرنا في السكنى والنفقة، وقال القاضي الطبري: إذا قلنا هناك لا سكنى فههنا يحتمل وجهين:

أحدهما: لها السكنى لأنها اعتدت عن الطلاق.

والثاني: لا سكنى لأن نفقتها سقطت لأجل اللعان فلذلك السكنى، وإن أكذب نفسه بعد اللعان رجعت المرأة بنفقتها في زمان الحمل سواء قلنا النفقة للحمل أو للحامل بسببه لما ذكرنا أنها وإن كانت للحمل (ق٢٠٨ب) فإنها تتعلق بحقها وتنصرف إلى مصالحها فلم تسقط بمضي الزمان، وقد قال في «الأم» لو كانت أرضعته ثم أكذب نفسه يلزمه أجرة الرضاع لأنها أرضعته على أن لا أب له إلا أنها تطوعت به. وقال بعض أصحابنا: هذا يدل على أن النفقة قبل الوضع تجب لها وبعد الوضع تجب للحمل فإنه لم يوجب النفقة لها بعد الوضع بل أوجب أجرة الحضانة وأجراها مجرى الأجرة.

وقال القفال: إذا كذب نفسه بعد الوضع يلزمه الأجرة والنفقة أيضاً قال: ولو استدانت لغيبة الأب أو عند امتناعه من الإنفاق لها الرجوع عليه، وهذه ولاية للأم في ولدها ولا تجعل متبرعة بذلك، وهو أصح عندي ويحتمل أنه أراد أجرة الرضاع نفقتها على التمام فإن قال قائل: لو لم ينف ولدها فأعتقت هي عليه قلتم: لا يرجع عليه فما الفرق قلنا: الفرق أن هناك تبرعت بالإنفاق عليه وههنا لم تتبرع بل أنفقت بحكم الحاكم أن الولد منفي ونظير هذا أنه لو قضى ديناً على ظن أنه عليه، ثم بان خلافه له الرجوع، ولو ملك إنساناً شيئاً ابتداءً ليس له الرجوع وكذلك لو زكى عن ماله على ظن سلامته فبان أنه كان تالفاً وشرط ذلك له الرجوع ولو تصدق عليه به تطوعاً لا رجوع وكذلك لو كان الأب موسراً فظن أنه معسر فأنفق عليه، ثم ظهر ذلك له الرجوع ولو علم يساره فتبرع فلا رجوع وكذلك لو كان الأب معسراً فظن أن ابنه معسراً أيضاً فاستقرض وأنفق على نفسه، ثم بان له يسار ابنه يرجع في ماله بما استقرض ولو علم يساره فاستقرض ولم يطالبه لم يرجع وكذلك لو غاب الابن الموسر فاستقرض أبوه المعسر وأنفق على نفسه يرجع (ق٢٠٩أ) ولو سأل الناس وتكدى وأنفق على نفسه لا يرجع.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ كَانَ أَعْطَاهَا بِقَوْلِ القَوَابِلِ أَنَّ بِهَا حَمْلاً ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِهَا

(١) انظر الأم (٥/ ٨٠).

حَمْلٌ أَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا فَجَاوَزَتْ أَرْبَعَ سِنِينَ رَجَعَ عَلَيْهَا بِمَا أَخَذَتْ».

قوله: أو أنفق عليها أي بغير قول القوابل على ظن وجود الحمل، وقد ذكرنا هذه المسألة وإنما رجع عليها إذا جاوزت أربع سنين، لأنا علمنا أنها وإن كانت حبلى فليس ذلك الحمل منه، وإن أنفق عليها على توهم وجوب النفقة لا على جهة التبرع.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَوْ كَانَ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ فَلَمْ تَقِرّ بِثَلاَثِ حِيَضٍ أَوْ كَانَ حَيْضُهَا يَخْتَلِفُ فَيَطُولُ وَيَقْصُرُ لَمْ أَجْعَلْ لَهَا إِلَّا الأَقْصَرَ».

الفصل:

صورته رجل طلق امرأته طلقة رجعية فلم تقر بانقضاء ثلاثة أقراء حتى ظهرت بها أمارات الحمل فأنفق عليها، ثم علم أنه لم يكن حملاً وإنما كان ريحاً أو جاوز أربع سنين، وقلنا: إن ولد الرجعية إذا أتت به لأكثر من أربع سنين لا يلحق به كولد المبتوتة، فقد علمنا أن عدتها منه بثلاثة أقراء، فإن كان قد بان أنه لم يكن حملاً بل كان ريحاً فإنا نرجع إلى إقرارها فيما مضى، فإن كان حيضها مثقفاً لا يختلف جعلنا لها النفقة في مدة ثلاثة أقراء، لأنها اعتدت بها وهي رجعية فكانت لها فيها النفقة، وإن كان حيضها مختلفاً فكانت ترى ثلاثة أقراء في ثلاثة أشهر، وفي ستة أشهر، وفي أكثر من ذلك أو أقل جعلنا لها النفقة في أقل ما يكون من عادتها في ثلاثة أقراء أنها تكون في ثلاثة أشهر فيكون لها النفقة في ثلاثة أشهر ورجع الباقي نص عليه الشافعي.

وقال أبو حامد: نظرنا أقل زمان يمكن أن نحصل فيه ثلاثة أقراء فنوجب لها نفقة ذلك القدر (ق٢٠٩ب) لأن اليقين وهذا أقيس ولكنه خلاف النص ذكره القاضي الطبري وإن لم يكن ريحاً ولكنه كان حملاً إلا أنه جاوز أربع سنين فإنا علمنا أنها وطئت بعد الطلاق فنرجع إليها فنقول لها: بين لنا الحال، فإن قالت: تزوجت بغيره ووطئني وهذا الحمل منه قلنا لها: أتزوجت بعد مضي ثلاثة أقراء أو قبلها، فإن قالت بعدها جعلنا لها النفقة لثلاثة أقراء على ما بيناه وإن قالت: تزوجت بعد مضي قرين قلنا: قد أفسدت قرءاً واحداً فعليك أن تأتي بقرء آخر بعد وضع الحمل وذلك النفقة في هذا القرء وفيما مضى لقرءين والكلام في مقدار القرءين على ما بيناه.

ثم إن المزني اعترض على الشافعي فقال: إذا حكم بأن العدة قائمة فكذلك النفقة في القياس لها بالعدة قائمة، ولو جاز قطع النفقة بالشك في انقضاء العدة جاز انقطاع الردة بالشك في انقضاء العدة فلما لم تزل الرجعة بالشك في انقضاء العدة الذي لم يجز أن يزول النفقة بالشك في انقضاء العدة قيل: نحن إذا حكمنا بسقوط النفقة حكمنا بانقطاع

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٠).

الرجعة وكيف ظننت بالشافعي هذا الظن المحال وهو إسقاط النفقة مع استبقاء الرجعة ولكنها ممنوعة عن نكاح زوج آخر ما دامت تزعم أنها في العدة.

وقال بعض أصحابنا: صورة المسألة التي ذكرها الشافعي غير هذه الصورة وإنما أراد إذا طلقها طلاقاً رجعياً فادعت أنه قد تباعد حيضها وامتد طهرها.

وقد ذكرنا حكم تباعد الحيض فقال الشافعي: يكون القول قولها في بقاء العدة عليها وفي ثبوت الرجعة عليها ولا يقبل قولها في وجوب النفقة إلا في مقدار مدة العدة.

واعترض المزني على هذا فقال: إذا حكم بأن العدة قائمة فلذلك النفقة في القياس، والجواب أنه لا تعتبر الرجعة بالنفقة (ق٢١٠أ) لأن الرجعة عليها والنفقة حق لها فيقبل قولها فيما عليها ولم يقبل فيما لها، وهذا لا يصح لأن الشافعي قال: قبل هذه المسألة إذا طلقها بائناً وظهر بها أمارات الحمل فأنفق عليها ثم تبين أنها كانت ريحاً ثم عطف عليها هذه المسألة فدل أن الشافعي لم يرد ما ذكره هذا القائل.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلاَ أَعْلَمُ حُجَّةً بِأَنْ لاَ يَنْفِقَ عَلَى الأَمَةِ الحَامِلِ».

الفصل:

أراد به إذا طلق امرأته الأمة بائناً وكانت حاملاً فعلى الزوج أن ينفق عليها ولا حجة لمن يقول لا ينفق عليها وهذه نصرة من القول الذي يقول إن النفقة للحامل دون الحمل، فإن على ذلك القول هو رفيق لسيدها فالنفقة على سيدها دون زوجها.

واختار المزني القول الصحيح ووجهه ما ذكر ههنا أنها لو كانت للحمل لما تقدرت بكفايتها ولكفى أدنى شيء ولوجب أن يجب على الحدّ نفقة نفقة هذا الحمل عند عدم الأب أو إعساره كما لو كان منفصلاً ولوجب أن تسقط بيسار الولد وهو إذا ورث أو أوصى له بشيء وقبله أبوه، ووجه القول الآخر إنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه فدل أن النفقة له ولأن النفقة لما كانت له إذا كان منفصلاً فكذلك إذا كان متصلاً بها.

قال هذا القائل: وإنما أوجبنا بقدر كفايتها لأنه لا يصل النفع إليه من جهتها فوجب تمام كفايتها كما قلنا في زمان الرضاع لا تلزم الأجرة بقدر قيمة اللبن بل تلزم قدر ما يكون في مثله كفايتها، ومن قال بالأول: أجاب عن هذا بأنه مستمتع بها لكون ولده في بطنها كما كان مستمتعاً بها في زمان النكاح والعدة التي فيها الرجعة، وإذا وضعت زال الاستمتاع فلهذا وجب بوجوده وسقطت بعدمه.

وأما قول المزني الأول أحق ضدي لأنه شهد أنه حكم اللّه تعالى فقال ولكنه حكم اللّه تعالى يعني إيجاب النفقة لها وحكم اللّه تعالى أولى (ق٢١٠ب) مما خالفه وأراد به

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٠، ٨١).

قول اللّه تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطّلَاق: ٦] وهذا الخطاب متوجه على الأزواج فدل على أنها تلزم على زوج الأمة الحامل لا على سيدها.

ثم قال: فأما كل نكاح كان منسوخاً فلا نفقة لها ولا سكنى حاملاً أو غير حامل.

وقد قال بعض مشايخنا: إنها تستحق النفقة إذا قلنا النفقة للحمل، وقد ذكرنا حكم النكاح الفاسد من أصله والذي كان صحيحاً، ثم فسخ فلا معنى للإعادة.

فرع آخر:

قال ابن الحداد: إذا أردت المسلمة سقطت نفقتها، وإن كانت حاملاً، وقال بعض أصحابنا: هذا مبني على القولين.

فإن قلنا: النفقة للحامل فالحكم على ما ذكره.

وإن قلنا للحمل لم تسقط بردتها، ووجه ما قاله ابن الحداد أن النفقة وإن كانت للحمل فهي المستحقة لها وتتعلق بها ألا ترى أنها لا تسقط بمضي الزمان قولاً واحداً فجاز أن تسقط بردتها.

فرع آخر:

قال ابن الحداد: إذا وضعت الزوجة حملها فقال: كنت طلقتك قبل وضعك طلقة، وقد انقضت عدتك فلا نفقة لك ولا سكنى وكذبته فالقول قولها لأنه يريد إسقاط حقها من النفقة والسكنى وعليها اليمين على نفي العلم أنها لا تعلم أنها طلقها لأنها يمين على فعل الغير وله أن يتزوج بأختها وأربع سواها ولا رجعة له عليها لأن قوله مقبول في إسقاط حق الرجعة وفي نكاح أختها لا يتعلق حقها وذلك إلى علمه، فإن كان يعلم أنها مباحة له جاز نكاحها ولا اعتراض عليه فيه.

باب نفقة الأقارب من كتاب النفقة

مسألة:

قَالَ[١]: قَالَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وسُنَّة رَسُولِهِ ﷺ بَيَانُ أَنَّ عَلَى الأبِ أَنْ يَقُومَ بِالمُؤْنَةِ فِي إِصْلَاحِ صَغِيرِ وَلَدِهِ» (ق٢١١أ).

الفصل:

القصد به بيان نفقة الأقارب بعضهم على بعض، وبدأ بنفقة الولد لأنها ثابتة بالنص في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطّلَاق: ٦] وهذه نفقة الولد دون الأم لأن هذه الآية في المطلقات البوائن بدليل أن الزوجات يستحقن النفقة أرضعن أو لم

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨١).

يرضعن ولأن اللّه تعالى سماه أجراً ولا تسمى نفقة الزوجة أجراً ولأن الابن بعضه فكما يلزمه نفقة نفسه يلزمه نفقة ولده. فإذا تقرر هذا الكلام في فصلين في صفة من تجب عليه وصفة من تجب له فأما صفة من تجب عليه فمن ملك فضلاً عن قوت يوم وليلة، أو كان قادراً على اكتساب ذلك، وأما صفة من تجب له، فأن يكون ناقص الأحكام أو الخلقة أو فيها جميعاً فنقصان الأحكام بالصغر وزوال نقصان الخلقة بالزمانة والمرض ونقصان الأمرين أن يجتمع فيه الصفتان، فإذا وجدت هذه الصفة نظر، فإن كان موسراً فنفقته من ماله، وإن كان معسراً فنفقته على والده.

وبه قال جماعة العلماء من غير خلاف، وحكي عن أبي ثور أنه قال: نفقة الولد الصغير على أبيه، وإن كان له مال، وهذا غلط لأن نفقة القرابة تجب على طريق المواساة، وإذا كان له مال لا يحتاج إلى المواساة، وقيل: نفقة الولد تجب بثلاث شرائط: أن يكون فقيراً، وأن يكون ناقص الأحكام والخلقة، وأن يكون الأب قادراً على الإنفاق عليه، وهذا يرجع إلى ما ذكرنا، وإن كان كامل الإحكام والخلقة، وكان معسراً لا كسب له فيه طريقان.

أحدهما: لا نفقة له قولاً واحداً.

والثانية: فيه قولان، أحدهما: له النفقة لأن المراهق يستحق النفقة، وإن كان يمكن الاكتساب فلذلك بعد البلوغ، وبه قال أحمد.

والثاني: وهو الذي نص عليه ههنا، وبه قال أبو حنيفة: لا نفقة له لأن القدرة (ق٢١١ب) على الكسب يمنع استحقاق الزكاة فكذلك النفقة وعلى كلا القولين لا فرق بين الأب والابنة.

وقال أبو حنيفة: الزمان شرط في الابن دون الابنة فلا تلزم نفقة الابن إذا بلغ صحيحاً ويلزم نفقة الابنة حتى تتزوج لأنه لا يمكنها الاكتساب فهي كالصغيرة. وقال مالك: هكذا إلا أنه قال: إن طلقت قبل الدخول لا تعود عند أبي حنيفة لا تعود بحال، وهذا غلط لأن كل معنى يسقط نفقة الابن يسقط نفقة الابنة كاليسار وأما ما قاله لا يصح لأنه يكفيها الغزل والخدمة ويحصل النفقة به، وإن لم يكن له أب أو كان ولكنه معسر وله جد غني فنفقته على الجد. وبه وقال أبو حنيفة، وأحمد، وقال مالك: لا تجب النفقة على الجد لأنه يدلي بغيره كالأخ، وهذا غلط، لأن بينهما قرابة توجب العتق بالملك ورد الشهادة فتوجب النفقة كالأبوة، وإن لم يكن له جد فيلزم على أب الجد، وجد الجد، وإن علا فإن لم يكن أو كان ولكنه فقير، وله أم غنية فنفقته على أمة ولا ترجع بها على أبيه إذا أيسر، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: لا تجب النفقة على الأم، وقال أبو يوسف، ومحمد: تنفق عليه الأم، فإذا أيسر الأب رجعت عليه، واحتج مالك بأن لا ولاية لها على الولد فلا يلزمها الإنفاق عليها، وهذا غلط لأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة أو توجب العتق فأشبه الأب مع الابن، واحتج على أبي يوسف، ومحمد بأن من وجب عليه

الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب.

واعلم أن جملة مذهبنا أن النفقة تجب على الأب، وإن علا والأم، وإن علت، وتجب على الجدات من قبل الأب والأم والأولاد، وإن سفلوا ولا تجب نفقة غيرهم من ذي رحم محرم (ق٢١٢أ).

وقال أبو حنيفة: تجب نفقة كل ذي رحم محرم بالنسب مثل الإخوة والأعمام والعمات والخالات والأخوال ولا تجب بني الأعمام. واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] وبقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣] وهذا غلط لأن رجلاً قال: يا رسول اللَّه معي دينار، قال: أنفقه على نفسك فقال معي آخر فقال: أنفقه على ولدك الخبر إلى أن قال معي آخر قال: أنت أعلم به ولم يذكر نفقة الأخ والعم، فإن قيل: ولم يذكر نفقة الوالد والجد أيضاً. قلنا: اكتفى بالتنبيه في ذلك لأن الوالد أكد حرمة من الولد، فإذا وجب نفقة الولد فنفقة الوالد أولى ولأنه لا يجب النفقه من كسبه ولا مع اختلاف الدين بخلاف الوالدين والأولاد، وأما الآية الأولى محمولة على الميراث ولهذا قال في كتاب اللَّه.

وأما الآية الثانية قلنا: قال ابن عباس: أراد به وعلى الوارث مثل ذلك أن لا تضار والدة بولدها إلا أن عليها النفقة، وقال الأوزاعي: تجب النفقة على جميع العصبات دون ذوي الأرحام من عدا الوالدين والمولودين، وبه قال عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه.

وقال مالك: لا تجب إلا نفقة الأب والولد دون الأمهات وأولاد الأولاد، وقال أبو ثور: يجب لكل موروث ولا تجب نفقة من ليس بمورث، وبه قال أحمد لأن اللَّه تعالى علق بمعنى الميراث، فقال: وعلى الوارث مثل ذلك، وهذا غلط لأنها لو كانت على الميراث للزمت على الأم مع وجود الأب قدر ما يستحق من ميراثه، وأجمعنا على خلافه ومعنى الآية ما ذكرنا أو يحمله على الأولاد بدليل ما ذكرنا.

وقال أبو الخطاب: وإن شذّ عن الفقهاء: تجب النفقة على كل ذي قربى ورحم من قريب وبعيد وينسب هذا (ق٢١٢ب) إلى عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنه وهو غلط عليه، والدليل على بطلانه ما ذكرنا.

فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في ترتيب من تجب عليه النفقة وتقديم بعضهم على بعض، واختلف أصحابنا فيه على طرق:

أحدهما: وهو الأصح أن يقول إذا اجتمع اثنان منهم مثل أب وأم وهما غنيان فالأب أولى بالإنفاق من الأم لأنهما قد اشتركا في الولادة والبعضية وانفرد الأب بالتعصيب والاعتبار بهذه العلة، وإن كان جد وأم فالجد أولى من الأم وإن علا لما ذكرنا من العلة، وبه قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة، وأحمد: يجب على الجد ثلثا النفقة وعلى الأم الثلث اعتباراً بالميراث وهذا غلط لما ذكرنا.

وأما الميراث يبطل بالأب مع الأم، فإن الميراث لها والنفقة على الأب خاصة وإن اجتمع جد من قبل الأم وجد من قبل الأب، فالجد من قبل الأب، وإن علا أولى لأنه

ينفرد بالتعصيب، ولأن الأب يقدم على الأم فلذلك يقدم أبوه على أبيها، ولأن الجد يقدم على الأم والأم تقدم على أبيها، فإنه لو اجتمع الأم وأبو الأم تقدم الأم فيقدم الجد على أبي الأم، وإن اجتمعت جدة من قبل الأم وجدة من قبل الأب من درجة واحدة فيه وجهان أنهما سواء فيجب على كل واحد منهما نصف النفقة لأنهما قد استويا في القرابة والإرث وعدم التعصيب فلم يكن لأحديهما مزية على الأخرى.

والثاني: الجدة من قبل الأب أولى لأنها تدلى بالأب وتلك تدلى بالأم، ومن تدلى بالأب أكد ممن تدلى بالأم لكون الأب عصبة دون الأم، وإن كانت الأقرب أولى وجهاً واحداً سواء كانت من قبل الأب أو من قبل الأم، وهذا يدل على أن الاعتبار بالإدلاء، وأن الصحيح مما تقدم الوجه الثاني وإن كان جد من قبل الأم وجدة من قبل الأب (ق٢١٣أ) مثل أب الأم، وأم الأب.

قال القاضي أبو حامد: تجب النفقة على الجد من قبل الأم لأنه ذكر، وقد قال تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النِّسَاء: ٣٤] قال: وإن كان الجد من قبل الأم أبعد من الجدة من قبل الأب فيه وجهان:

أحدهما: تجب على الجد لما ذكرنا من العلة.

والثاني: تجب على الجدة من قبل الأب لأنها أقرب.

وقال الشيخ أبو حامد: إذا استويا في الدرجة فيه وجهان:

أحدهما: هما سواء ولا فرق بين الذكر والأنثى.

والثاني: المدلى بالعصبية والأقوى في الميراث أولى وهي أم الأب، والوجه الأول أقيس، وهذه الطريقة أولى مما ذكر القاضي أبو حامد، وقال في الحاوي: إذا اجتمع أقارب الأب، وأقارب الأم يقدم الأقرب، فإن استووا في الدرج فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشترك الفريقان في تحملها، وهذا على قول من اعتبر الدرج.

والثاني: يختص بتحملها أقارب الأب دون أقارب الأم، وهذا على قول من اعتبر الإدلاء بالعصبية.

والثالث: يختص بتحملها الورثة دون من لم يرث، فإن من لم يرث منه أحد اختص بها من كان أقرب إذ لا توارث، وهذا أصح عندي لقوة الوارث على من لا يرث، كما تقدم العصبية على من ليس بعصبة لقوته بالتعصيب، فعلى هذا لو اجتمع ثلاثة أبو أم أب وأم أبي أب، وأم أم أم فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يشتركون.

والثاني: تختص أم أب الأب لأنها أقرب إدلاء بعصبة.

والثالث: يشترك أم أب الأب، وأم أم الأم لاشتراكهما في الميراث دون أب أم الأب لأنها غير وارث.

والطريقة الثانية: قال القفال: ما وجدت للشافعي نصاً في الترتيب والذي اعتمده

وأفتى به أنه إذا كان له ولد صغير فقير وله أم فنفقته على الأب بلا خلاف ويلزمه ختانه ومداواته، فإذا بلغ وجاوز حد الصغر فنفقته (ق٢١٣ب) على الأب والأم نصفين. ومن أصحابنا من قال: الأب أولى، ومن أصحابنا من قال: يجب عليهما أثلاثاً اعتباراً بالميراث والأول أصح، ولا يصح اعتبار الميراث، لأن النفقة تجب على الجد أب الأم، ولا ميراث له أصلاً، وإن كان أم وجد فالنفقة عليهما نصفين، وكذلك أب الأب، وأب الأم فالنفقة عليهما نصفان، قال: وجملته أنه إذا وجد الأقرب فههنا سواء في النفقة هذا إذا اختلفت الجهتان، فإن كانت الجهة واحدة فالنفقة على الأقرب، فالأقرب مثل إن كان له أب وجد فالنفقة على الأب، وإن كان ابن وابن ابن فالنفقة على الابن، وإن كان ابن وابنة فالنفقة عليهما سواء.

ومن أصحابنا من قال: يلزمهما للذكر مثل حظ الأنثيين قال: وهذا غير صحيح.

والطريقة الثالثة: الاعتبار بالولاية في المال، فإن كان أحدهما ولياً في المال بنفسه من غير تولية أحد فهو أولى، وإن كانا وليين أو لم يكونا وليين فمن يدلي بالولي أولى، فإن استويا في الأداء يعتبر حينئذٍ القرب، وهذا اختيار الشيخ المسعودي من أصحابنا قال: ولا يدخل على هذا جانب المولودين، لأن الولاية لا تتصور في جانبهم ولا يدخل على هذا الأب الكافر لا ولاية له، وهو أولى لأن فيه معنى الولاية ولا يعتبر كونه ولياً في الحال ولا يدخل عليه إذا كان الابن بالغاً لا ولاية للأب عليه وهو أولى من الأم، لأن فيه معنى الولاية.

ومن أصحابنا من قال: هما سواء، فالأول أصح، قال القفال: اعتبار القرب أولى من اعتبار الولاية، لأن الإجماع يلزم النفقة على أب الأم وليس هو أهل الولاية (ق٢١٤أ).

الطريقة الرابعة: قال صاحب التلخيص: الأولى بالإنفاق ولده، ثم ولد ولده، وإن تنقلوا ذكورهم وإناثهم سواء، ثم أبوه، ثم أمه، ثم جده أبو أبيه، ثم جده أبو أمه، ثم أم الأب، ثم أم الأم قلبه تخريجاً تقدم الولد على الأب والأم على الجد، وهذا تناقض.

الطريقة الخامسة: يعتبر الإرث، فإن كانا وارثين فهما سواء في الإنفاق وكذلك إن كانا غير وارثين فهما سواء، وإن كان أحدهما وارثاً دون الآخر، وفي القرب واحد فالوارث أولى، وإن اختلف ميراثهما فالنفقة على قدر الإرث.

الطريقة السادسة: تعتبر الذكورة، فإن كان أحدهما ذكراً، فهو أولى، وإن كانا ذكرين فهما سواء، وإن كانا أنثيين فالمدلي للذكر أولى، وإن استويا في الإدلاء بالذكر فالأقرب أولى، وهذا أضعف الطرق، والاعتماد على ما ذكرنا أولاً.

وقال في «الحاوي»[1]: تحيض بحمل النفقة من فيه بعصبة من الآباء والأمهات فلا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٨٠).

يخلو حال من وجد منهم من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونا جميعاً من قبل الأب لا يشركهم أحد من قبل الأم.

والثاني: أن يكونوا جميعاً من قبل الأم لا يشركهم أحد من قبل الأب.

والثالث: أقارب الأب وأقارب الأم.

فأما القسم اوول إذا كانوا كلهم من قبل الأب فنفقته بعد الأب على الجد على ما ذكرنا ثم ينتقل إلى الجد ثم جد الجد فإذا عدم جميع الأجداد يلزم أم الأب لقيامها في الحضانة والميراث مقام الأب ولا يشاركها في درجتها بعد الجد أحد فإذا صعدت بعدها درجة اجتمع فيها بعد أب الجد ثلاثة أم أم أب، وأبو أم أب، وأم أب أب فيه (ق٢١٤ب) ثلاثة أوجه:

أحدها: أنهم سواء لاستوائهم في الدرجة والبعضية وعدم التعصيب فيتحملونها أثلاثاً.

والثاني: يتحملها أم أب الأب لأنها مع مساواتهم في الدرجة أقرب إدلاء بعصبة.

والثالث: وهو الأصح عندي إذا استووا في الدرج فالوارث أولى، فإن اشتركوا في الميراث تحملها منهم من كان أقرب إدلاء بعصبة، وإن اختلفت درجتهم تحملها الأقرب فالأقرب وارثاً كان أو غير وارث، فعلى هذا إن كان مع هؤلاء الثلاثة أم أب كانت أحق بتحملها على الوجوه الثلاثة، وإن لم يكن غيرهن اشتركوا في تحملها أم أب الأب، وأم أم الأب لاشتراكهما في الميراث ويسقط عن أب أم الأب لأنها لا ترث وعلى هذه القاعدة وما قدمته من هذه الوجوه الثلاثة يكون التفريغ في جميع من يتحملها، فإذا صعدت إلى درجة رابعة اجتمع لك فيها بعد جد الجد الذي لا يتقدمه من تحملها منهم أحد سبعة أم أب أب الأب، وأم أم أب، وأم أم أم أب وهؤلاء الثلاث وارثات وأب أم أبي أب وأب أم أم أب، وأب أب أم أب وأم أب أم أب، وليس في هؤلاء الأربعة وارث ففيه وجهان:

أحدهما: يتحملونه بالسوية لاستوائهم في الدرجة، فإن عدم واحد منهم يحملها من بقي، وهذا على قول من اعتبر فيها قرب الدرجة.

والثاني: يتحملها منهم من أدلى بعصبة وهو لا محالة وارث وهو أول الذكورين أم أب أب الأب ويسقط عن من سواها لاختصاصها بقوى الميراث والإدلاء بعصبة، فإذا عدمت كانت على الثانية وهي أم أب الأب لاختصاصها بعد الأولى بالقوتين: الإرث وقوة الإدلاء بالعصبة، فإن عدمت الثانية كانت على الثالثة لتفردها بالقوتين، فإن عدمت الثالثة (ق٢١٥أ) الوارثات كانت على الرابع، وهو أب الأب لأنه أقرب إدلاء بعصبة وأقرب إدلاء بوارث، فإن عدم الربع، فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول من راعى قرب الإدلاء بالعصبة يلون على الثلاثة الباقين بالسوية لاستواء درجتهن في الإدلاء بالعصبة.

والثاني: وهو الوجه الذي خرجه في تقديم الوارث على من ليس بوارث يجب على من كان أقرب إدلاء بوارث وهو الخامس أب أم أم الأب لأنه يدلي بعد درجة بوارث فإن عدم الخامس استوى السادس والسابع لاستوائهما في الإدلاء بالتعصيب على قول من اعتبره ولاستوائهما في الإدلاء بوارث على الوجه الذي اخترته لكن السادس منهما ذكر، والسابع أنثى، وإذا اجتمع من تحمل النفقة ذكر وأنثى وهما يدليان بشخص واحد كان الذكر أحق بتحملها من الأنثى كالأبوين، ولو أدليا بشخص تساويا ويراعى قوة الأنساب، فإن استوت اشتركا في التحمل والسادس والسابع ههنا يدليان بشخص واحد وهو أب أم أم الأب، فالسادس منهما أبوه، والسابع أمه فاختص بتحملها السادس الذي هو أب أب أم الأب دون السابعة التي هي أم الأب، فإن عدم السادس تحملها السابع حينئذٍ على هذا القياس.

وأما القسم الثاني: وهو أن ينفرد له أقارب الأم فمعلوم أنه لا يكون فيهم عصبة وتختص بمن فيهم أولاده وهم في أول درجة بعد الأم أبو أمها وهما أب الأم وأم الأم، فالنفقة على من اعتبر الدرج بينهما لاستوائهما في الدرجة، وعلى الوجه الذي اختاره في الترجيح بقوة الميراث تجب على أم الأم دون أب الأم لأنها الوارثة دونه وإن اختصت بالذكورة فالترجيح بالميراث أقوى، فإذا صعدت بعدهما (ق٢١٥ب) إلى درجة ثالثة اجتمع لك فيها أربعة منهم من جهة أب الأم أبواها، ومن جهة أم الأم أبواها فيكون أحدهم أم أم الأم، والثاني أب أم الأم، والثالث: أب أب الأب، والرابع: أم أب الأم، فهي على قول من اعتبر الدرج بينهم بالسوية لاستوائهم في الدرجة وهي على الوجه الذي اعتبر به في الترجيح بقوة الميراث واجبة على أم أم الأم لأنها الوارثة من كلهم، فإن عدمت وجبت بعدها على أب الأم، لأنه أقرب إدلاء بوارث فإن عدمت استوى الاثنان الباقيان فيهما وهما أب أب الأم، وأم أب الأم، وقد أدليا بشخص واحد أحدهما ذكر فكان أحق بتحملها ووجبت على أب أب الأم دون أم أب الأم، فإن صعدت بعدهم إلى درجة رابعة اجتمع لك فيها ثمانية، أحدها: أم أم أم الأم، وأب أم أم الأم، وأم أب أم الأم، وأب أب أب الأم، وأم أب أب الأم، وأب أم أب الأم، وأم أم أب الأم، فعلى قول من اعتبر الدرج يجب على جميعهم لاستوائهم في الدرجة وعلى الوجه الذي اعتبرته في الترجيح بقوة الميراث يجب على الأولى وهي أم أم أم الأم لأنها الوارثة من جميعهم، فإن عدمت فهي على الثاني وهو أب أم أم الأم لأنهم أقربهم إذ لا توارث، فإن عدم فهي على الثالث، وهو أب أب أم الأم لأنه مع الرابعة يدليان إلى أم الأم المولى بوارث فقد ما على ما بعدهما لبعد إدلائهم بوارث، وقدم الثالث لذكوريته على الرابعة لأنوثيتها مع اشتراكهما في الإدلاء بشخص واحد، فإن عدم الثالث فهي على الرابعة وهي أم أب أم الأم، فإن عدمت فهي على الخامس وهو أب أب أب الأب، لأنه مع السادس يدليان بأب أب الأم فقدم الخامس لذكوريته وإدلائهما بشخص واحد، فإن عدم كانت بعده على السادسة وهي أم أب أب الأم، فإن عدمت فهي بعدها على السابع وهو أب أم

أب الأم، لأنه يدلى مع الثامنة (ق٢١٦أ) بأم أب الأم فاختص بها لذكوريته فإن عدم فهي بعده على الثامنة وهي أم أم أب الأم.

وأما القسم الثالث: أن يشترك فيها أقارب الأب وأقارب الأم، فإن كان أقارب الأب أقرب منهم المختصون بتحملها لقربهم، وإن استووا، فقد ذكرنا ثلاثة أوجه وذكرنا تفريعان فلا معنى للإعادة.

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِذَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يُضِيعَ أَب الوَلَد شَيْئاً مِنْهُ فَكَذَلِكَ هُوَ مِن ابْنِهِ إِذَا كَانَ الوَالِدُ زَمِناً لا يُغْنِي نَفْسَهُ».

الفصل:

قد ذكرنا نفقة الولد على الوالد، وإن نفقة الوالد واجبة على والده بالتنبيه لأن حق الأب آكد فإذا وجبت نفقة الولد لئلا يؤدي إلى تضييعه فنفقة الأب أولى.

ثم الكلام في فصلين:

أحدهما: فيمن يجب عليه.

والثاني: فيمن يجب له فأما من تجب عليه، فأن يفصل عن قوت يوم وليلة كفايته.

وأما من تجب له، فإن كان معسراً ناقص الإحكام أو أتخلقه، أو هما يلزمه وإن كان كامل الأحكام وهو فقير هل تجب نفقته ظاهر ما قاله ههنا أنها لا تجب. وقال في القديم: تجب فالمسألة على قولين:

أحدهما: تجب كالزمن، وبه قال أبو حنيفة وأحمد.

والثاني: لا تجب، لأنه قادر على الاكتساب، فأشبه المكتسب وإذا وجبت عليه نفقة أبيه يلزمه أن ينفق على زوجته أيضاً؛ لأن عليه أن يعف أباه على ما بيناه، وإذا قلنا: لا تجب عليه نفقته عند كمال أحكامه وخلقته وهل معسر هل يجب إعفافه فيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار أبي إسحاق، وأبي سعيد الاصطخري تجب لأنه إذا منعه النفقة كان له إليها طريقاً من بيت المال، ولا طريق له إلى الإعفاف من وجه آخر، وبه حاجة إليه فيلزمه إعفافه.

وقال أكثر أصحابنا: لا يجب إعفافه لأن النفقة آكد (ق٢١٦ب) وحاجة الأب إليها أشد، فإذا لم تلزم النفقة فالإعفاف أولى، وهذا أقيس، وإن كان لوالده طفل لم يلزمه نفقة الطفل، لأن نفقته لا تجب على أبيه المعسر ولا تجب على أخيه، وإن كان غنياً، وأما إذا كانت للابن زوجة وأولاد فلا يلزم للأب نفقة زوجته بخلاف الأب، ولهذا ذكر الشافعي العيال عند ذكر نفقة الوالد، ولم يذكر العيال عند ذكر نفقة الولد، وإنما افترقا لأن الولد

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٢).

إذا احتاج إلى تحصين فرجه لم يجب على الأب إعفافه وفرض على الابن إعفاف الأب، إذا احتاج إليه، وهذا لأن حق الولد أعظم من حق الولد ولهذا قتلنا الولد بالوالد قصاصاً ولا نقتل الوالد به.

وقد روت عائشة رضي اللّه عنها أن النبي ﷺ قال: «أولادكم هبة من اللّه لكم يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء ذكوراً وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها».

وروى جابر رضي اللّه عنه، أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: إن لي مالاً وعيالاً ولأبي مال وعيال ويريد أن يأخذ مال فقال: «وأنت ومالك لأبيك». وقال بعض أصحابنا: تجب نفقة زوجته لأنها تجري مجرى نفقته.

وذكر الشيخ أبو إسحاق في المهذب: أنه لا يلزمه إعفافه ولكن يلزمه نفقة زوجته وزوجة كل قريب تلزمه نفقته لأن ذلك من تمام الكفاية ولم يذكر وجهاً آخر، وهو غريب.

وذكر جدي الإمام رحمه اللّه فيها وجهين بناء على وجوب إعفافه وحكاه عن صاحب التلخيص، وهو بعيد ضعيف. وأما نفقة أولاد ابنه فواجبة عليه لأنه جدهم والنفقة على الجد واجبة عند إعسار الأب.

فرع:

لو كان له أب وابن موسرين فيه ثلاثة أوجه:

إحداها: تجب النفقة على الابن، ذكره أبو حامد في الجامع لأنهما إذا اجتمعا كان التعصيب للابن (ق٢١٧أ) ولأن حق الأب على ابنه أعظم.

والثاني: يجب على الأب لأن إنفاق الأب على ولده نص وإنفاق الولد على الوالد اجتهاد، وهو اختيار أبي عبد اللّه ولأن النفقة عليه كانت قبل بلوغه فليستصحب ذلك الحكم.

والثالث: يجب عليهما نصفين لأنهما سواء في الدرجة والتعصيب والأول أصح، وفيه وجه آخر. ذكره القفال يلزمهما على قدر الميراث، وهذا ضعيف.

فرع آخر:

لو كان له ابن، وأم موسران وهو فقير زمن فنفقته على الابن دون الأم، لأن التعصيب له، وقيل: فيه وجه آخر هما سواء، وقيل: إنهما على قدر الإرث وكلاهما ضعيف.

فرع آخر:

لو كانت له أم وابنة موسرتان. قال أبو حامد في الجامع: تجب نفقته على البنت دون الأم لأن للبنت التعصيب من بعض الأحوال إذا كان معها أخوها ولا تكون الأم عصبة بحال، ولأنه حقه على ابنته آكد.

وقال القفال: فيه ثلاثة أوجه:

إحداها: ما ذكرنا.

والثاني: على الأم.

والثالث: هما سواء.

وقال أبو حنيفة، وأحمد: على الأم ربع النفقة، والباقي على الابنة إذا اجتمعتا ورثتا كذلك بالفرض والرد وهذا غلط لما ذكرنا وأبطلنا اعتبارها بالميراث.

فرع آخر:

لو كان أبواه معسرين زمنين، وهو غني لزمه أن ينفق عليهما جميعاً، فإن لم يفضل عن كفايته إلا نفقة أحدهما فيه ثلاثة أوجه:

إحداها: ينفق على الأم لما روي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ، من أين يا رسول اللَّه؟ فقال: وأمك، فقال: ثم من؟ فقال: أمك، فقال: ثم من؟ فقال: أمك، فقال: ثم من؟ فقال: أباك»[1].

وقال ﷺ: «حق الوالد أعظم وحق الوالدة ألزم» ولأنها تفردت بحمله ورضاعه وقامت بكفالته فكانت حرمتها آكد.

والثاني: الأب أولى، لأن الابن لو كان معسراً زمناً، وهما موسران كانت نفقته على أبيه دون أمه فكذلك هو أيضاً ينفق على أبيه دون أمه، وهذا أقيس والأول أظهر.

والثالث: هما سواء لاستوائهما في الدرجة والولادة.

فرع آخر:

لو كان لهما مع الولد ولدين موسر يحمل باقي نفقتهما حتى يكفيا، فإن أنفق الولد وولد الولد على أن ينفق أحدهما على أحد الأبوين، والآخر على الآخر صح، وإن اتفقا على الاشتراك في نفقتهما صح، وإن اختلفا رجع إلى خيار الأبوين إذا استوت نفقتهما، وإن اختلفت النفقتان اختص أيسرهما بأكثر الأبوين نفقة.

فرع آخر:

لو كان له أب وابن فقيران محتاجان إلى النفقة وهو لا يجد إلا نفقة أحدهما فيه ثلاثة أوجه:

إحداها: الابن أولى، لأن نفقته نص.

والثاني: الأب أولى لأنه حقه أعظم.

والثالث: هما سواء، وهو اختيار القفال، وقال أبو حامد: هذا إذا لم يكن الابن

---

(١) أخرجه البخاري (٥٩٧١)، ومسلم (١/ ٢٥٤٨).

طفلاً لا يقدر على شيء فهو أولى وجهاً واحداً وسائر أصحابنا لم يفصلوا وما ذكره أصح.

فرع آخر:

إذا كان هناك أب وابنه فقيران ففيه ثلاثة أوجه أيضاً.

فرع آخر:

لو كان ابن وجد فقيران قيل: حكمه كما ذكرنا في الأب والابن، وقيل: وجه واحد الابن أولى لأنه أقرب وهكذا لو كان له ابن وجد وهما موسران وهو فقير يحتاج فنفقته على من يكون على هذا الخلاف.

فرع آخر:

لو كان معهما زوجة يلزمه أن ينفق على زوجته لأن نفقتها تجب على طريق العوض فكانت آكد، وقدمت على نفقة الأقارب.

فرع آخر:

لو كان موسراً، وله أم وابن فقيران يحتاجان ولا يفصل إلا نفقة أحدهما يجب أن يكون فيه ثلاثة أوجه كما قلنا في الأب والابن.

فرع آخر:

لو كانت له أم وأب أم غنيان فهما سواء لأنهما يستويان في القرب (ق٢١٨أ) وعدم التعصيب، ذكره في المهذب ويحتمل أن يقال: تقدم الأم لأنها أقرب.

فرع آخر:

لو كان هو غنياً، والأم والابنة فقيرتان وليس معه إلا نفقة إحداهما يجب أن يكون فيه الأوجه الثلاثة، والظاهر أن تكون البنت أولى ههنا.

فرع آخر:

لو كان له ابن وابنة موسران فنفقته على الابن دون البنت، قاله أبو حامد في الجامع، وذكرنا وجهاً عن القفال، وهو غير مشهور.

وقال أبو حنيفة: عليهما بالسوية، وقال أحمد: ثلثاها على الابن، وثلثاها على البنت كما اختاره القفال، وهذا غلط لأن الابن عصبة بنفسه والاعتبار به دون الميراث.

فرع آخر:

لو كان له ابن ابن وابنة موسران فابن الابن أولى بالإنفاق عليه لما ذكرنا، وقال أبو

حنيفة: النفقة على البنت لأنها أقرب، وقال أحمد: على البنت الثلث وعلى الابن الثلثان، لأن ما اجتمع فيه الذكر والأنثى كان الذكر فيه بالثلثين كالميراث، وهذا وجه لبعض أصحابنا، وهذا غلط لأنه لو اعتبر الميراث لكان على البنت النصف، فإن لها نصف الإرث في هذا الموضع.

فرع آخر:

لو كان له بنت، وابن بنت، قال أبو حامد في الجامع: فيه قولان:

أحدهما: البنت أولى، لأنها أقرب إليها مع تساويهما في عدم التعصيب.

والثاني: ابن البنت أولى لأنه ذكر.

فرع آخر:

لو كان ابن بنت، وبنت ابن موسران فيه ثلاثة أوجه:

إحداها: ابن البنت أولى، لأنه ذكر، وهو الصحيح.

والثاني: بنت الابن أولى، لأنها تدلي بعصبة، وقد تكون عصبة مع أختها.

والثالث: ما سواهما لاستوائهما في الدرجة وسقوط التعصيب فهماً.

فرع آخر:

لو كان له ابن صغير وابن ابن صغير ولا يفصل إلا نفقة أحدهما منه وجهان:

أحدهما: الابن أولى، وهو الصحيح عندي، لأنه أقرب.

والثاني: هما سواء لأنهما متساويان في أصل قرابة الولادة ولا اعتبار بقوة التعصيب (ق٢١٨ب) ولو كان بالعكس من هذا وكانا غنيين وهو فقير كان الابن أولى بالإنفاق على أبيه من ابن الابن.

فرع آخر:

لو كانا ولدين أيسر الأب بنفقة أحدهما وأعسر بنفقة الآخر، فإن كان مع الأب جد موسر كان الأب والجد بالخيار بين اشتراكهما في نفقة الولدين وبين أن يتحمل الأب نفقة أحدهما ويتحمل الجد نفقة الآخر، فإن اختلفا يحمل على قول من دعا إلى الاشتراك في نفقتهما، وإن لم يكن مع الأب غيره ساوى بين ولديه في النفقة، ويحمل نفقة كل واحد منهما.

فرع آخر:

نفقة المكاتب هل تجب على ولده، قال في الحاوي تحتمل وجهين:

أحدهما: لا يجب، لأن أحكام الرق عليه جارية.

والثاني: تجب نفقته على ولده لسقوط نفقته بالكتابة عن سيده.

فرع آخر:

لو اختلف أحوال الوالدين فكان أحدهما رضيعاً لا يقوم بنفسه، والآخر مراهقاً يقوم بنفسه فالرضيع أولى ولا يشرك بينهما لأن الرضيع بالعجز مضاع والمراهق بالحركة متسبب وكذلك إن كان أحدهما مريضاً فالمريض أولى.

فرع آخر:

لو كان أحد الولدين بنتاً فيه وجهان:

أحدهما: البنت أولى لظهور النقص من حركتهما.

والثاني: هما سواء لأن لكل واحد منهما من التصرف والتسبب نوعاً بعض الآخر عنه.

فرع آخر:

لو كان ابن بنت، وبنت ابن وأيسر بنفقته أحدهما كانت ابنة الابن أولى لنقصها بالأنوثة، وقوة سببها بتعصيب أبيها.

فرع آخر:

لو كان أب وجد معسران وليس معه إلا نفقة أحدهما فيه وجهان كما قلنا في الابن وابن الابن أحدهما مما سواء لأن لكل واحد منهما ولادة ولو اتسع المال وجبت نفقتهما معاً.

والثاني: وهو الصحيح الأب أولى لأنه أقرب ويقدم في التعصيب.

فرع آخر:

لو اجتمع جد وجدة في درجة واحدة والذكر أبعد والأنثى أقرب، قد ذكرنا حكمه، وقال القاضي أبو حامد: إن كان الذكر عصبة وهو أن يكون بين الذكر وبين من له النفقة أم (ق٢١٩أ) فالجد أولى لأنه ذكر، والثاني الجدة أولى لأنها أقرب.

فرع آخر:

لو اجتمعت جدتان لأحديهما ولادتان، فإن كانتا في درجة واحدة، فالجدة التي لها ولادتان أولى، وإن كانت التي لها ولادتها أبعد والتي لها ولادة واحدة أقرب كانت الأقرب أولى، ذكره أبو حامد في الجامع.

فرع آخر:

لو كانت بنت بنت بنت أبوها ابن ابن بنته وابنته بنت بنت ليس أبوها من أولاده، فإن كانتا في درجة واحدة فالتي جمعت القرابتين أولى، وإن كانت التي جمعت القرابتين

أسفل فالقريبة أولى قاله القاضي أبو حامد.

فرع آخر:

لو كان له ابن وبنت موسران، قد ذكرنا أن النفقة على الابن، فإن لم يفضل عن كفاية الابن إلا نصف نفقة الأب كان الباقي على البنت، وقد ذكرنا نظيره.

فرع آخر:

لو كان له ابن وولد خنثى مشكل فيه وجهان:

أحدهما: يجب على الابن أن ينفق عليه ولكنه يجب أن ينفق بحكم الحاكم، فإذا أنفق، ثم بان أنه ذكر رجع عليه بنصف ما أنفق، وإن بان أنثى أو مات مشكلاً لم يرجع وعلم أنه أنفق ما كان واجباً عليه.

والثاني: يجب على الابن نصف النفقة، وأما النصف الآخر فإن الحاكم يأمر من ينفق عليه إن وجده ويحكم بالرجوع على ما ينكشف أنه يجب عليه كما نقول إذا كان له ابنان حاضر وغائب أخذ الحاضر بنصف النفقة، وأما الغائب فإن كان له مال حاضر أخذ من ماله، وإن كان ماله غائباً أمر من ينفق عليه وكتب إلى حاكم البلد الذي هو فيه يأخذه بما يلزمه من نفقته، فإن لم يجد الحاكم من ينفق عليه أخذ الحاضر بالإنفاق عليه لأن نفقته عليه لو انفرد، وحكم له بالرجوع على الغائب إذا قدم أو ظهر له مال، والصحيح الوجه الأول، والفرق بين الخنثى وبين الغائب أن الابن ههنا يجوز أن يكون جميع النفقة عليه فهو أولى (ق٢١٩ب) بالمطالبة بها من غيره وليس كذلك إذا كان أخوه غائباً فإنا نتيقن أن الحاضر لا يلزمه أكثر من نصف النفقة فلم يجز أن يؤخذ بالباقي.

وقال في «الحاوي»[1]: فيه وجهان:

أحدهما: تجب كلها على الابن.

والثاني: تجب عليهما نصفين، فإن بان الخنثى رجلاً لم يرجع، وإن بان امرأة يرجع بما أنفق على الابن، هذا غريب.

فرع آخر:

لو كان له بنت وولد خنثى مشكل فيه وجهان:

أحدهما: يؤخذ الخنثى بجميع نفقته لأنه يجوز أن يكون ابناً فيلزمه جميع نفقته، فإن بان أنه ابن فقد أنفق ما وجب عليه، وإن بان أنه أنثى رجعت بنصفها على أخيها.

والثاني: أنهما جميعاً ينفقان، فإن بان الخنثى أنثى فقد أنفقا ما وجب عليهما، وإن بان ذكراً رجعت أخته عليه بما أنفقت، وهذا أقيس وهذه التفريعات كلها على الطريقة الأولى. وأما على سائر الطرق يتأمل فيها ويقاس على ما قدمناه.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٨٩).

فرع آخر:

قد ذكرنا إذا كان أحد الابنين غائباً كيف يكون حكم النفقة، ولو كان الأقرب غائباً ولا يقدر الحاكم على ماله ولا على الاستعراض عليه أمر الأبعد بالإنفاق عليه حتى يرجع على الأقرب إذا رجع لأنه لو انفرد يلزمه الإنفاق عليه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا رجع الأقرب لا يرجع الأبعد عليه وهو غلط ظاهر.

فرع آخر:

لو كان للصغيرة مال غائب فعلى الأب أن ينفق عليه فرضاً موقوفاً فإن قدم ماله رجع بما أنفق، وإن لم يكن بأمر الحاكم إذا قصد بالنفقة الرجوع لأن أمر الأب في ولده أنفذ من حكم الحاكم، وإن ملك المال قبل قدومه بعد مضي زمان بعض النفقة سقط من ذمة الولد ما أنفقه بعد تلف ماله ولم يسقط ما أنفقه قبل تلفه وكان ذلك ديناً له (ق٢٢٠أ) على ولده يرجع به عليه إذا أيسر أو بلغ لأنه بتلف ماله صار فقيراً من أهل المواساة.

فرع آخر:

لو كانت أمة ذات زوج قد أعسر بنفقتها لم تجب نفقتها على ولدها ما لم يفسخ نكاحه، وإن احتاجت لوجوبها على الزوج، وإن تأخر الاستحقاق بالإعسار ليلاً يجمع بين نفقة بزوجية ونسب ولو خطبها الأزواج وهي خلته لم تجر على النكاح وأخذ الولد بنفقتها، فإن تزوجت سقطت نفقتها عن ولدها لعقد لوجوبها على الزوج.

واعلم أن في جميع ما ذكرنا من نفقة الأقارب لا فرق بين أن يكونا متفقي الدين أو مختلفي الدين لأنها تجب بالبعضية والولادة وليس للدين فيها تأثير كالعتق بالملك.

فرع آخر:

قد ذكرنا أن نفقة الأقارب لا تتقدر بل هي على الكفاية، فإن احتاج إلى من يخدمه يلزمه نفقة خادمه وتسقط بمضي الزمان ولا تصير ديناً عليه لأنها تجب لترجيه الوقت ودفع الحاجة.

قال ابن أبي حامد: إلا أن يأمره القاضي، وقال جدي الإمام: هل تتقدر وجهان وهو بعيد.

مسألة:

قَالَ[1]: **«وَمَنْ أَجْبَرْنَاهُ عَلَى النَّفَقَةِ بِعْنَا فِيهِ عَلَيْهِ العِقَارَ»**.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٢).

إذا امتنع من نفقة امرأته المستقرة في ذمته أو نفقتها الراتبة، أو مهرها الواجب في ذمته أو نفقة والديه أو مولوديه، فإن وجدنا مالاً من جنس ما عليه أخذنا منه مقدار الواجب، وإن لم نجد من جنسه ووجدنا من غير جنسه من البياض والثياب والعقار، فإن الحاكم يبيع من ماله بقدر النفقة والمهر الواجب في ذمته ولا يبيع العقار مع القدرة على بيع غيره ولها أخذه من ماله سراً وعلانية، وكذلك نفقة أولادها الصغار، فإن كان جنس النفقة: فذاك وإن كان (ق٢٢٠ب) من غير جنسها فهل لها أن تأخذ قولان:

فإن قلنا: تأخذ لا تتملكه قولاً واحداً بل تبيعه وتصرف إلى حقها ثمنه، وقال أبو حنيفة: تصرف دراهمه ودنانيره إلى النفقة ولا يباع عقاره وعروضه فيها ولكنه يحبس حتى ينفق أو يبيعها كما قال في سائر الديون وربما يسلم في نفقة الأب أنه يباع العقار فيها استحساناً.

فرع:

لو كان للزوج في ذمتها طعام من جنس ما يلزمه لها من النفقة فطالبها الزوج بأن تقاضه بمالها عليه من النفقة لا يخلو إما أن تكون موسرة أو معسرة، فإن كانت موسرة كان له أن تطالبها بالمعارضة لأن أن تطالبها بقضائه وهذا على القول الذي يقول لا تقع المقاصة إلا بالتراضي، فأما إذا قلنا: يتقاصان بوجوبها يسقط أحدهما بالآخر، ذكره القاضي الطبري.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلَا تُجْبَرُ امْرَأَةٌ عَلَى رَضَاعِ وَلَدِهَا شَرِيفَةً كَانَتْ أَوْ دَنِيئَةً».

إذا كان له امرأة له منها ولد مرضع فامتنعت من إرضاعه لا يملك إجبارها عليه على أي صفة كانت المرأة زوجة أو مطلقة شريفة أو دنية موسرة أو معسرة، وقال مالك: إن كانت موسرة نسيبة رفيعة الحال لم يكن له إجبارها، وإن كانت دنية له إجبارها، وقيل عنه روايتان:

إحداهما: يجب عليه إرضاعه بكل حال وتجبر على ذلك، وبه قال أبو ثور.

والثانية: وهو المشهور إن كانت ممن لا ترضع ولدها في العادة لم يلزمها، وإن كانت ممن ترضع في العادة يلزمها لقوله تعالى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣] وهذا خبر والمراد به الأمر، وهذا غلط لأن اللّه تعالى قال: ﴿أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطّلَاق: ٦]. وقال: وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى، وإذا امتنعت فقد تعاسر ولأنه لو كان لحق الولد لأجبرها بعد الفرقة، وإن كان لحق نفسه لأجبرها على خدمة نفسه، فإذا لم يجبرها على خدمة نفسه فلان لا (ق٢٢١أ) تجبر على خدمة ولده أولى.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٢).

وأما الآية التي ذكر محمولة على الاستحباب بدليل ما ذكرنا.

فرع:

لو اختارت أن تتطوع بإرضاعه كانت أولى من غيرها ولم يجز للزوج أن ينتزع الولد من يدها بوجه من الوجوه لأنها أحنى على الولد وأشفق من الأجنبية.

وقال بعض أصحابنا: إذا أراد منعها من الإرضاع وتسليمه إلى امرأة لترضعه فقياس المذهب أن له ذلك لأنه يستحق عليها الاستمتاع في عموم الأوقات فإذا استعملت بإرضاع الصبي فوتت عليه حقه وليس لها ذلك، وهو اختيار أبي حامد، والأول اختيار القاضي الطبري.

وقال في «الحاوي» فيه وجهان والصحيح عندي أن ينظر في سبب المنع، فإن كان الاستمتاع في أوقاته كان له، وإن كان لغير ذلك لم يكن له لأنه يقصد الضرر فقط، وهذا أولى عندي.

فرع آخر:

إذا تطوعت بالإرضاع هل يستحق لإرضاعه زيادة في نفقتها وجهان:

أحدهما: قال أبو إسحاق، والاصطخري للحاكم أن يجتهد فيها ويزيد على قدر نفقتها لأن مؤنتها تزيد في هذه الحالة وتحتاج إلى زيادة غداءه.

والثاني: لا يزاد، لأن النفقة عندنا مقدرة ولا تزيد بكبره مؤنتها فلم يجز أن تزيد على المقدار المعهود، ولهذا لا يزاد إذا كانت رغيبة سمينة أكولة وهذا أصح.

فرع آخر:

لو أرادت إرضاعه بأجرة مقدرة لم تمكن من ذلك ولا يجوز أن يستأجرها زوجها على ما ذكرنا في كتاب الإجارة، فإن أجرت لم تصح الإجارة وكذلك إن أجرت نفسها من زوجها للخدمة لم يجز لأنها مستحقة الاستمتاع في جميع الزمان إلا في مقدار العبادات المفروضة وما لا بد لها من الأكل والشرب فلم يجز أن تعقد على نفسها إجارة تمنع الاستمتاع، وهذا كما لو أجر نفسه لتخدمه شهراً لم يجز أن يؤاجر ثانياً ليخيط له ثوباً أو يعمل له عملاً غير الخدمة في ذلك الشهر، وقال القفال (ق٢٢١ب) وعامة أهل خراسان يجوز استئجار زوجته لإرضاع ولدها منه ولخدمة البيت، وعند أبي حنيفة لا يجوز عند بقاء النكاح وبعد البينونة روايتان وجعل هذا مسألة ولم يذكر وجهاً بخلافها، وهذا أقيس وأجمع أهل العراق على خلاف هذا، وقد ذكرناه في كتاب الإجارة بالشرح والبيان. وقال بعض المتأخرين من أهل العراق فيه وجهان.

فرع آخر:

لو أجرت نفسها من غيره للإرضاع أو الخدمة لا يجوز، وقال القاضي أبو حامد في

جامعه يكون للزوج فسخه فأجاز العقد وجعله موقوفاً على فسخه والصحيح ما تقدم لأنها عقدت الإجارة على ما لا يقدر على تسليمه لما ذكرنا أو يطأها بالاستمتاع بها.

فرع آخر:

إذا ثبت أن الإجارة باطلة فأرضعت على ذلك هل لها أن تطالبه بأجرة المثل.

قال أبو إسحاق وغيره من أصحابنا: ليس لها ذلك لأن هذا الزمان قد استحقه الزوج على ما ذكرنا، والنفقة التي أخذتها عوض عن جميع ما يعمله في ذلك الزمان فلم يجز لها أن تطالبه بعوض آخر ولأنها لو استحقت ذلك لجاز عقد الإجارة معها.

وقال ابن خيران لها أن تطالبه بأجرة المثل لأنه أتلف عملاً لها لم يملكه الزوج بعوض لم يسلم لها فترجع إلى أجرة المثل كما في سائر الإجارات الفاسدة، قال: ولا يدخل على هذا إذا أجر الإنسان نفسه شهراً بعوض معلوم، ثم أجره في ذلك الشهر إجارة أخرى لأن العقد الثاني وقع على ما لا يملكه، وههنا عقدت على ما يملكه لأن الزوج لم يملك ذلك عنها بعقد النكاح.

وأما النفقة التي أخذها فإنها في مقابلة الاستمتاع دون سائر أعمالها ولم يتابعه أحد من أصحابنا، هكذا ذكره أبو إسحاق والقاضي الطبري والأول أصح (ق٢٢٢أ).

فرع آخر::

قال القفال: لو امتنعت من الإرضاع تجبر على إرضاع اللبأ لأن الولد لا يعيش دونه ولها طلب الأجرة عليه كإحياء المضطر بطام يجب ولكن بالقيمة وكذلك بعد اللبأ إن لم يجد مرضعة أخرى أجبرت على الإرضاع بالأجرة وكذلك لو فقدت الأم ووجدنا مرضعة لا يجد سواها أجبرناها بالإحياء الولد بلا رضاع ويلزم الأجرة على الأب.

وقال بعض أصحابنا: لا أجرة لها لأنه حق تغير عليها وعجز الأب عنه فيجري مجرى نفقته إذا أعسر الأب وأيسر ذكره في الحاوي[1].

مسألة:

قَالَ: «وَإِنْ طَلَبَتْ رَضَاعَ وَلَدِهَا، وَقَدْ فَارَقَهَا زَوْجُهَا فَهِيَ أَحَقُّ».

قد ذكرنا حكم الزوجة فأما إذا كانت مطلقة بائناً فكذلك لا يجوز له إجبارها على إرضاعه فإن لم يوجد لبن من غيرها أخذت جبراً بإرضاع اللبأ حفظاً لحياة الولد، وهل تستحق أجرة المثل على ما ذكرنا، وإن اختارت إرضاعه نظر، فإن تبرعت به كانت أحق به، وإن لم تتبرع به وطلبت الأجرة نظر أكثر من أجرة مثلها كان الأب أحق به تسترضعه امرأة أخرى، وإن طلبت أجرة مثلها نظر، فإن لم يكن مع الأب امرأة ترضع إلا بأجرة

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٤٩٥).

مثلها كانت الأم أحق به، وإن كانت معه من ترضعه بغير أجرة أو برضعة أقل من أجرة مثلها، نقل المزني أن الشافعي قال: القول قوله مع يمينه أن يجد متطوعة أو من يرضى بأقل من أجرة المثل، فإذا حلف كان له أن ينتزعه من يدها ويسلم إلى غيرها، وإنما جعلنا القول قوله مع يمينه لأنه يتعذر عليه إقامة البينة بذلك والأصل براءة ذمته عن الأجرة، ثم لا يمنع أمه من زيارته لقوله ﷺ لا قوله: «والدة على ولدها» ثم قال: وقال في موضع آخر: الأم أولى وهو اختيار المزني (ق٢٢٨ب) واختلف أصحابنا فيه فقال الاصطخري وأبو إسحاق. وأكثر أصحابنا قول واحد لا أجرة لها وما قاله المزني ليس بقول آخر، بل قال الشافعي: إن أرضعت أعطاها أجرة مثلها وليس فيه الزوج فإن نجد من يتطوع به من غير أجرة أو بأقل من أجرة المثل فلا يجوز أن يجعل هذا قولاً آخر.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، وبه قال الإفصاح.

أحدهما: ما ذكرنا.

والثاني: لها الأجرة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق: ٦] ولأنها أشفق من غيرها ولأنها رشيدة لا زوج لها طلبت رضاع ولدها بأجرة مثلها فكانت أحق به حال الإقامة كما لو لم يجد من يتبرع بها.

وقال أبو حنيفة: لا يسقط حق الأم من الحضانة ولا أجرة عليه ويأتي المرضعة مرضعة عندها لأن حقها من الحضانة باقٍ.

باب أي الوالدين أحق بالولد

مسألة:

قَالَ[1]: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خيَّرَ غُلاماً بَيْنَ أَبِيهِ وأُمِّهِ إِلَى أَنْ قَالَ: وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَيْرَ مَأْمُونٍ فَهُوَ عِنْدَ المَأْمُونِ مِنْهُمَا حَتَّى يَبْلُغَ».

إذا طلق امرأته وله منها ولد لا يخلو الولد من ثلاثة أحوال:

أن يكون طفلاً لا يميز فتكون الأم أولى بحضانته وتربيته لأنها أعرف بذلك وأصبر عليه من الأب والنفقة على والده.

وأما أن يكون بالغاً عاقلاً فيكون الولد أولى بنفسه إن شاء انفرد بموضع يسكنه وإن شاء كان مع أحد الأبوين.

وأما أن يكون غير بالغ إلا أنه بلغ سناً يميز مثل أن يكون له سبع سنين أو ثمان سنين فهذا يخير عندنا بين الأبوين، فإن اختار أن يكون مع الأم كان معها وإن اختار أن يكون (ق٢٢٣أ) مع الأب كان معه، وهذا التخيير طريقة الشهوة ولا يلزم، فإن اختار

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٣).

أحدهما، ثم بدا له وأراد الآخر كان له ذلك ونقل إليه.

قال القفال: إلا أن يكثر منه ذلك فيستدل منه على قلة عقله فتكون الأم حينئذٍ أولى به، وبه قال أبو إسحاق، وقال الثوري، وأبو حنيفة: لا يجبر الولد قط، فإن كانت بنتاً تكون معها حتى تبلغ، ثم تكون أحق بنفسها، وإن كان ابناً فإنه يكون مع أبيه حتى يبلغ حداً يأكل بنفسه ويشرب بنفسه، ويلبس بنفسه، ثم تسلمه إلى أبيه حتى يؤدبه.

وقيل عن أبي حنيفة أنه قال في الابنة: يجب عليها أن تقيم مع الأم حتى تزوج فإن طلقت قبل الدخول أو بعده لم تعد الكفالة.

وقال مالك: إن كان ذكراً فالأم أحق به ما لم يثغر. وروي عنه: إلى البلوغ أيضاً، وإن كانت أنثى فالأم أحق بها ما لم تتزوج ويدخل بها الزوج، فإن طلقت قبل الدخول عادت الكفالة للأم، واحتج بأن الصغير لا قول له ولا يعرف حظه. وقال أحمد: إن كان ذكراً خيِّر، وإن كانت أنثى لم تخيَّر والأم أحق بها لأن الحظ للأنثى لا يكون عند أمها والغرض بالحضانة حظها، فلم تجبر وهذا كله غلط للخبر الذي ذكره الشافعي، وأراد بالغلام الصغير لأنه ظاهر الاسم ولأنه لو كان بالغاً لا يخيَّر بين أحدهما وبين الانفراد عنهما.

وروي عن أبي هريرة رضي اللّه عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ قد طلقها زوجها فأرادت أن تأخذ ولدها فقال رسول الله ﷺ استهما فيه فقال الرجل: من يحول بيني وبين ابني فقال رسول الله ﷺ للابن: «اختر أيهما شئت» فاختار أمه فذهبت به.

وروي عن أبي ميمونة قال: كنت عند أبي هريرة فجاءته امرأة فقالت: إن زوجي يريد أن (ق٢٢٣ب) يذهب بولد، وقد طلقني فقال: استهما عليه فجاء زوجها فقال: هو ولدي، فقال أبو هريرة: كنت عند رسول الله ﷺ فجاءته امرأة فقالت: إن زوجي يريد أن يذهب بولدي وقد نفعني وشفاني من .... عتبة فقال: استهما فجاء زوجها فقال: من يحاقني في ولدي فقال: يا غلام هذا أبوك، وهذه أمك، خذ بيد أيهما شئت[(١)] قال: فأخذ بيد أمه فانطلقت به.

وروي عن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه أنه خيّر غلاماً بين أبيه وأمه[(٢)]. وروي عن عمارة الجرسي أنه قال: خيّرني علي رضي اللّه عنه بين عمر وأمي ثم قال لأخ لي أصغر مني وهذا أيضاً لو قد بلغ خيرته[(٣)].

وفي هذا الخبر أنه قال: وكنت ابن سبع سنين أو ثمان سنين، وقال في أخيه وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا لخيرته ويقول على أحمد كل سن خير فيه الذكر خيرت فيه

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٧)، والترمذي (١٣٥٧)، وابن ماجه (٢٣٥١)، وأحمد (٢/٢٤٦)، وابن حبان (١٢٠٠).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٤/١٨). (٣) أخرجه الشافعي في «الأم» (٥/٩٢).

الأنثى كسن البلوغ.

وأما ما ذكروه لا يصح لأن الأب كالأم في مصالحها، وهذا التخيير غير لازم بل هو اختياره وشهوته كما يكون فيما لو (. . . . .)، وقيل: للولد أربع أحوال: حالة رضاع، وحالة حضانة، وحالة كفالة، وحالة كفاية، وقد ذكرنا حكم الرضاع وقدرة الشرع بحولين. وأما الحضانة تربيته ومراعاة مصلحته في وقت يعجز عنها ولا تمييز بين ضرها ونفعها وذلك دون سبع سنين فتختص الأم بها لأنها أحنى عليها وأصبر على مصالحها وشفقتها أكثر، والدليل على هذا ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد اللَّه بن عمرو أن امرأة قالت: يا رسول اللَّه إن ابني كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال لها رسول الله ﷺ: «أَنت أحق ما لم تنكحي»[(١)] والحق اسم المكان الذي عول الشيء أو معنى هذا الكلام الإدلاء بزيادة الحرمة التي لها.

وأما الكفالة بحفظه ومعونته عند تمييزه قبل كمال قوته (ق٢٢٤أ) وذلك بعد سبع سنين.

وأما الحالة الرابعة بعد بلوغهما لا كفايتهما بأنفسهما لكمال التمييز والقوة، ولكل واحد منهما أن ينفرد بنفسه ويعتزل أبوه إلا أن يكره للجارية مفارقتهما.

واعلم أن الشافعي قال: ههنا سن التخيير إذا بلغ سبعاً، وقال في موضع آخر: إذا بلغ سبعاً أو ثمان سنين وليس على قولين بل على اختلاف حالين، فإن ظهر التمييز فيه لسبع لفرط ذكائه خير، وإن تأخر لبعد فطنته خير في الثامنة عند ظهور ذلك، ويكون ذلك موكولاً إلى رأي الحاكم واجتهاده عند الترافع إليه.

فإذا تقرر هذا، فإنما يخير بينهما إذا استوت حالهما وهو أن يوجد فيهما أربع شرائط: الحرية، والإسلام، والأمانة، وأن يكون بلدهما واحداً فأما إذا كان أحدهما حراً، والآخر مملوكاً فإن كان الأب هو المملوك فنفقته على أمه وهي أولى بحضانته، وإن كانت الأم مملوكة، فإن الولد عبداً لسيدها وهو أولى بحضانته وتربيته إن شاء استرضع أمه، وإن شاء انتزعه منها وتركه إلى أخرى لترضعه والأولى تركه.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز أن ينتزعه منها لأنه تفريق بين الأم وولدها فلا يجوز كما لا يجوز في البيع، وإن كانت الأم مملوكة والأب حراً والولد حر بأن يكون الأب مغروراً، فإن الأب أولى منه، وإن كانا مملوكين والولد حر بأن يتزوج بعد بامرأة على أنها حرة وأولدها، ثم تبين أنها كانت مملوكة فالولد حر.

قال أبو إسحاق: تجب نفقته وحضانته على المسلمين كاللقيط فيجب على الحاكم أن يستأجر امرأة تحضنه وتنفق عليه من بيت المال.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٢)، وأبو داود (٢٢٧٦)، والحاكم (٢/ ٢٠٧).

وقال في «الحاوي»[١]: إذا كانت الأم مملوكة لم يجز أن يفرق بينهما في زمان الحضانة، وفي جواز التفرقة بينهما في زمان الكفالة ما بعد سبع سنين والبلوغ قولان، وإن كان أبوه ملكاً لسيده ففي (ق٢٢٤ب) إجراء حكم الأم عليه في المنع من التفرقة بينهما وجهان.

واختار الشيخ أبو حامد أن أم الولد أولى بالولد من السيد إلى سبع سنين فإذا بلغ سبعاً فالأب أولى إلا أن يعتق الأم فيخيروا المذهب الصحيح ما ذكرنا أولاً والفتوى على ما ذكره أبو حامد للمصلحة، وإن كان أحدهما كافراً والآخر مسلماً فإن المسلم منهما أولى لا يختلف المذهب فيه.

وحكي عن الاصطخري أنه قال: يخير بينهما، واحتج بما روي أن رافع بن أبان أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيم. وقال رافع: ابنتي، فقال النبي ﷺ لرافع: اقعد ناحية، وقال لامرأته: اقعدي ناحية، وأقعد الصبية بينهما، ثم قال: ادعوها فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي ﷺ: «اللهم اهدها» فمالت إلى أبيها فأخذها.

وروى عبد الحميد بن سلمة، عن أبيه، قال أسلم أبي وأبت أمي أن تسلم وأنا غلام فاختصما إلى النبي ﷺ فقال: «يا غلام اذهب إلى أيهما شئت، إن شئت إلى أبيك، وإن شئت إلى أمك» فتوجهت إلى أمي فلما رآني النبي ﷺ سمعته يقول: «اللهم اهده»[٢] فملت إلى أبي وقعدت في حجره.

وحكي عن أبي حامد أنه قال: الذمية أولى بالحضانة إلى سبع سنين، فإذا بلغ سبعاً فالأب أولى، وهذا غلط، لأن الحضانة جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر لأنه يفتنه عن دينه، وذلك أعظم الضرر، والخبر الذي ذكره منسوخ، لأن الأمة اجتمعت أنه لا يسلم الصبي إلى الكافر، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ أنه يختار المسلم فلهذا خيَّره وكان هذا حكماً خاصاً له ولأنه لا خلاف أن أحدهما إذا كان فاسقاً والآخر عدلاً، فالعدل أولى، فإذا كان العدل أولى من الفاسق فالمسلم أولى من الكافر.

وحكى ابن أبي هريرة، وغيره عن أبي حنيفة (ق٢٢٥أ) أنه قال: لا تبطل كفالته بكفره، وهذا غلط لما ذكرنا، وإن كان أحدهما مأموناً والآخر غير مأمون فالمأمون أولى لأنه يستضر بغير المأمون في تربيته على خلقه، وسوء صنيعه، ونريد به العدل والفاسق، وإن اختلف بلدهما، فإن كان يريد سفراً لحاجةٍ، ثم يعود فالمقيم أولى لأن في المسافرة به إضرار به والمقام أودع والسفر خطر، وإن أراد سفر الانتقال، فإن كان الأب منتقلاً كان أحق به من الأم، وإن انتقلت الأم إلى بلد آخر، فالأب أحق به، وهذا لأن حفظ

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٥٠١).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٤٤٦، ٤٤٧)، وأبو داود (٢٢٤٤)، والنسائي (٤٣٩٥)، وابن ماجه (٢٣٥٢)، والحاكم (٢/ ٢٠٦)، والدارقطني (٤/ ٤٣).

النسب إلى الأب، وهو أهم من الحضانة التي يحصل له بالأم فقدمنا الأب عليها وقد ذكر بعض أصحابنا: أن اختلاف البلدين بأن تكون المسافة بينهما قدر ما تقتصر فيه الصلاة، فإن كانت المسافة أقل من ذلك فالأم أحق كما في البلد الواحد لأن مراعاة الأب له ممكنة في هذا القدر من المسافة، وهذا اختيار أبي حامد والقاضي الماوردي وجماعة.

وقال بعض أصحابنا: لا اعتبار بهذه المسافة لأن الأب إذا انتقل عن بلده لا يمكنه تأديبه وتعليه ذكره في الشامل، وهو الأصح عندي، وبه قال مالك، وأحمد.

وقال أبو حنيفة: إن كانت الأم مقيمة والأب منتقلاً فالأم أحق، وإن كانت الأم متنقلة، فإن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق، لأن في البلد يمكن تأديبه بخلاف القرية، وهذا غلط لأنهما أبوان استوت حالهما واختلف بهما الدار فكان الأب أولى بالبلد كما لو انتقلت من بلد إلى قرية.

فرع:

لو كان بعض الولد حراً وبعضه موقوفاً خير بين الأبوين بما فيه من الحرية إذا كانا حرين، فإذا اختار أحدهما اجتمع مع سيده المالك لدقة على ما يتفقان عليه في كفالته من اشتراك فيها أو مهايأة عليها أو استنابة فيها، فإن تنازعا اختار الحاكم لها أميناً ينوب عنها في كفالته.

فرع آخر:

من يجن زماناً ويفيق زماناً (ق٢٢٥ب) لا كفالة له، لأنه في زمان الجنون زائل الولاية وربما يطرأ جنونه على عقله فلا يؤمن معه على الولد إلا أن يقل جنونه في الأحيان النادرة ولا يؤثر في التمييز بعد زواله فلا يمنع من الكفالة.

فرع آخر:

لو كان أحدهما مريضاً، فإن كان طارئاً يرجى زواله فلا يمنع، وإن كان ملازماً كالقالج والسل، فإن أثر أو تشاغل بشدة ألمه لا كفالة له، وإن أثر في قصور حركته مع صحة عقله وقلة ألمه روعيت حاله، فإن كان ممن يباشر كفالته بنفسه سقط حقه منها لما يدخل على الولد من التقصير فيها، وإن كان ممن يراعى بنفسه التدبير ويستنيب فيما تقتضيه المباشرة كان على حقه من الكفالة سواء، كان أباً أو أماً، وإذا برأ العاجز عاد إلى حقه.

فرع آخر:

لو وجد في كل واحد من الأبوين شروط الكفالة ويفصل أحدهما على الآخر بزيادة في الدين أو زيادة في المال أو زيادة في المحبة فيه وجهان:

أحدهما: أن هذا شرط معتبر يسقط به التخيير وتكون الكفالة لا فضلهما لظهور

الحظ فيه للولد.

والثاني: لا يرجع بهذا إذا خلا من نقص لأن الحق في الكفالة مشترك بين الكافل والمكفول فلم يسقط حق الكافل بالزيادة في حق المكفول.

فرع آخر:

قال في «الحاوي»: التخيير يحتاج إلى شروط ثلاثة في الولد، الحرية والتمييز والسن، ويحتاج إلى خمسة شروط في الأبوين يشتركان فيه وإلى شرط سادس في الأم، وإلى شرط سابع يختلف فيه، **أحدها**: الحرية، **والثانية**: العقل، **والثالث**: الإسلام، **والرابع**: الأمانة، فلو ادعى أحدهما على الآخر فسقه لينفرد بالكفالة من غير تخيير لا يقبل وله إحلافه، **والخامس**: اجتماعهما في وطن واحد. **والسادس**: أن تكون خلية من زوج على ما سنذكره، **والسابع**: المختلف فيه أن يفضل أحدهما على الآخر بزيادة في الدين أو المحبة، وقد ذكرنا شرحها.

فرع آخر:

لو خير الولد عن الأبوين (ق٢٢٦أ) عند وجود الشرائط فاختارهما يقرع بينهما لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة.

فرع:

لو خير بينهما فلم يختر واحداً منهما فيه وجهان:

أحدهما: يقرع لأنه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجبت القرعة.

والثاني: الأم أحق لاستحقاقها لحضانته، وإن لم يختر غيرها لكفالته، وهذا أشبه.

فرع آخر:

لو تدافعا كفالته وامتنعا منها، فإن كان بعدهما من يستحق كالجد بعد الأب والجدة بعد الأم فتنقلت الكفالة إلى من بعدهما ويخير الولد بينهما إذا تكافأت أحوالهما، وإن لم يكن بعدهما من استحق كفالته فيه وجهان:

أحدهما: يكون الولد على خياره ويجبر من اختاره على كفالته، لأن في الكفالة حقاً لهما، وحقاً عليهما فلا يسقط تمانعهما حق الولد عليهما، وإن سقط حقهما.

والثاني: يجبر عليهما من وجبت عليه النفقة منهما لوجوبها عليه لقوة سببه.

فرع آخر:

إذا قلنا بالوجه الأول وكان التمانع في وقت الحضانة أقرع بينهما وأجبر عليها من فر منها لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ﴾ [آل عِمرَان: ٤٤] الآية. فقيل:

اختصموا تنازعاً لكفالتها، وقيل: اختصموا تدافعاً لكفالتها فاستهموا فدل على دخول القرعة في الحالين عند التنازع والتدافع.

فرع آخر:

لو سلم أحدهما كفالته إلى الآخر فهو أحق وكلام للولد، فإن عاد إلى الطب عاد إلى حقه وجملة ما ذكرنا أنه إذا وجدت الشرائط لا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتنازعا في الكفالة.

والثاني: أن يتدافعها عنها.

والثالث: أن يسلمها أحدهما إلى الآخر، فإن تنازعا يخير وللولد في التخيير ثلاثة أحوال: أن يختار أحدهما، أو أن يختارهما، أو لا يختار واحداً منهما، وقد ذكرنا شرحها.

مسألة:

قَالَ[١]: «وإِذَا افْتَرَقَ الأَبَوَانِ (ق٢٢٦ب) وَهُمَا فِي قَرْيَةٍ وَاحِدَةٍ فَالأُمُّ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ».

الفصل:

الأم إنما يكون لها حق حضانة الصبي إذا كانت خالية عن زوج، فإن تزوجت سقط حقها في الحضانة.

وقال الحسن البصري: لا تسقط حضانتها، وهذا غلط لقوله ﷺ: للأم أنت أحق به ما لم تنكحي.

وروى عبد اللّه بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «الأم أحق بولدها ما لم تتزوج»[٢] ولأن النكاح يمنع مقصود الكفالة لاشتغالها بحق الزوج، واحتج بما روي أن علياً رضي اللّه عنه، وزيد بن حارثة، وجعفر بن أبي طالب تنازعوا في حضانة ابنه حمزة فقال: عليّ بنت عمر، وعند بنت رسول الله ﷺ وقال زيد أخي لأن رسول الله ﷺ كان آخى بين حمزة وزيد، وقال جعفر بنت عمي وعندي خالتها فقال رسول الله ﷺ: «الخالة بمنزلة الأم»[٣] وسلمها إلى جعفر فجعل لها الحضانة وهي متزوجة قلنا: لا صحة فيه لأنه لم يكن هناك من هو أحق منها لأن زيداً لا حضانة له، وعلي وجعفر سيان في القرابة.

فإذا تقرر هذا وتزوجت الأم، فإن لم يكن لها أم ولا إحدى أمهاتها فالأب أولى بحضانته، وإن كان لها أم ولم يكن لأمها زوج كانت أحق بحضانته، وإن كان لها زوج

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٤). (٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٠٤).

(٣) أخرجه البخاري (٢٦٩٩)، وأبو داود (٢٢٧٨)، والحاكم (٣/ ٢١١).

نظر، فإن كان زوجها جد الصبي الذي هو أب أمه فهو أولى بحضانته من الأب، وإن كان زوجها غريباً فالأب أولى منها، ولو كان زوج المرأة عم الصبي، قال القفال: لا تسقط حضانتها قياساً على الجد.

ومن أصحابنا من قال: لا يقاس العم على الجد، لأن حق الجد آكد ألا ترى أنه أولى من الأخت وهي أولى من العم.

وقال صاحب الحاوي[(١)]: إذا كان زوج الأم عصبة للولد، فإن منعها من الكفالة سقط حقها، وإن أذن لها في الكفالة ومكنها من القيام بها فيه وجهان:

أحدهما: تستحق الكفالة (ق٢٢٧أ) لزوال السبب المانع بالتمكين واتقاء العار بامتزاج النسب.

والثاني: لا تستحق الكفالة لعموم الخبر الذي ذكرنا ولأن الطبع يجذبها إلى التوفر على الزوج ومراعاة أولادها منه إن كانوا تسقط حضانتها لهذا.

فإذا تقرر هذا وخيرنا الولد بين الأبوين، فإن اختار الأم فإن كان ذكراً كان بالنهار مع الأب يعلمه القرآن والأدب أو الصنعة يأوي بالليل إلى أمه ويبيت عندها، وإن كانت أنثى كانت عند أمها ليلاً ونهاراً لأن كل ما يحتاج إليه مما تتعلمه من الخبز والطبخ والغزل، فإنها تتعلم من أمها وإن اختارت الأب تكون عنده ليلاً ونهاراً وسواء كان ذكراً أو أنثى إلا أن الأب يوجه الابن إلى أمه ليزورها في كل وقت ولا يستدعيها إليه لأن الأم عورة، وإن كانت أنثى فالأم تجيء إليها وتزورها لأنهما عورتان، والأم أولى بالخروج لأنها أكثر تجربة وأكمل عقلاً وتمييزاً من البنت فتكون الأم بالخروج أولى، وإذا جاءت إليها تعدت عندها قعود الزائرين، ولا تطيل الجلوس أول النهار إلى آخره إلا أن تمرض البنت فإنها تعقد وتطيل، وإن ماتت قعدت إلى أن تدفن، ثم ترجع ولا ينبغي أن تخلو بالزوج، فإن لم يكن معها ثالث خرج الزوج حتى تدخل، وإن مرضت الأم خرجت البنت إليها ومرضتها، إن كانت تحسن ذلك، وإن لم تحسن ذلك لصغرها نظرت إليها وسألتها عن حالها، وقعدت عندها وقتاً، ثم رجعت، وإن ماتت قعدت حتى تدفن، ثم ترجع وليس للأب أن يمنعها من البكاء، وله أن يمنعها من النياحة واللطم ويمنعها من الخروج مع الجنازة وزيارة قبرها لأنها عورة وقال رسول الله ﷺ لعن اللّه زائرات القبور ولا يمنع الابن من ذلك لأن الرجال لا يمنعون من زيارة القبور.

فرع:

لو أراد الغلام زيارة الأم كل يوم أو أرادت الأم ذلك فله المنع لأن عادة الزيارة معلومة (ق٢٢٧ب) وإنما تكون من الأيام يوماً.

وأما قوله ههنا فإن ماتت الابنة لم تمنع الأم من أن يأتيها حتى تدفن يحتمل

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٥٠٢).

تفسيرين كل واحد منهما مسألة على حدة.

أحدهما: أن الابنة إذا ماتت فليس لأبيها منع أمها من دخول داره لتجهيزها ودفنها.

والثاني: أن الابنة إذا ماتت فليس لزوج الأم إذا كانت ناكحة أن يمنعها عن حضور دفن ابنتها وتجهيزها، وهذا كله من مكارم الأخلاق وقوله: ولا يمنعها معناه: إن ماتت الأم فلا ينبغي للأب أن يمنع الابنة عن حضورها، وقوله ولا تمنع من مرضها من أن تلي تمريضها من منزل أبيها تحتمل تفسيرين كما ذكرنا في موت الابنة.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَإِنْ كَانَ الوَلَدُ مَجْنُوناً فَهُوَ كَالصَّغِيرِ».

أراد بالمخبول: المجنون لأنه في معنى الطفل الصغير الذي لا تمييز له وتكون الأم أحق به ولا يخير أبداً لأنه لا يهتدي إلى مصلحة نفسه في موضع حظه وإن خيرناه فاختار الأب، ثم جن كانت الأم أحق به، وبطل اختياره لنفسه لأنه بطل السبب الذي له به الاختيار.

مسألة:

قَالَ[(٢)]: «وَإِنْ خُيِّرَ فَاخْتَارَ أَحَدَ الأَبَوَيْنِ ثُمَّ اخْتَارَ الآخَرَ حُوِّلَ».

قد ذكرنا أن هذا الاختيار اختيار شهوة وليس بلازم، ولو كان لازماً لا تنظر فيه بلوغه فلما صح في صغره دل على ما قلناه ومعناه ظاهر، وهو أنه بما يختار أحدهما فإذا اختبره وعاشره نكد جانبه وكره مساكنته ومعاشرته فيميل باختياره إلى الآخر.

مسألة:

قَالَ[(٣)]: «وَإِذَا مُنِعَتْ مِنْهُ بِالزَّوْجِ فَطَلَّقَهَا طَلاَقاً يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ أَوْ لا يَمْلِكُهَا رَجَعَتْ عَلَى حَقِّها».

إذا سقط حقها من الحضانة بالنكاح فطلقها زوجها عاد حقها وكانت أولى بحضانته من غيرها سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً وكذلك إذا كانت الأم كافرة فأسلمت أو أمة فأعتقت أو مسافرة فرجعت رجع حق الحضانة إليها (ق٢٢٨أ) في الحال.

وقال مالك: لا يعود حقها بالطلاق بحال، وقال أبو حنيفة: لا يعود حقها ما دامت في عدة الرجعة، وهذا على أصله أن الرجعية مباحة لزوجها وهو قول المزني لكنه يقول: الرجعية في حكم الأزواج ولا يقول إنها مباحة لزوجها، وهذا غلط لأنه إنما بطل حقها من الحضانة لمعنى اشتغالها بالزوج عن الولد، فإذا زال هذا المعنى عادت الحضانة.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٥).

(٢) انظر الأم (٥/ ٨٥).

(٣) انظر الأم (٥/ ٨٥).

ثم ألزم الشافعي نفسه سؤالاً، فقال: فإن قيل كيف يعود إلى ما بطل النكاح وأراد به مالكاً، قيل: لم يبطل حقها بل تراخى لمعنى فيزول بزوال ذلك المعنى ولو كان بطل ما كان لأمها يعني الجدة، وكان ينبغي إذا بطل عن الأم أن يبطل عن الجدة التي إنما حقها بحق الأم.

وقد قضى أبو بكر الصديق على عمر بن الخطاب رضي اللَّه عنهما، بأن جدة ابنه أحق به منه، ثم ابتدأ سؤالاً ليكشف حق الأم من الولد قيل: لحق الأب هما والدان يحدان بالولد، فلما كان الولد لا يعقل كانت الأم أولى به على أن ذلك حق للولد لا للأبوين، لأن الأم أحنى عليه وأرق من الأب.

قال القفال: وإنما تعود لها حق الحضانة في العدة إذا رضي المطلق بأن يدخل ولدها بيته لأنها تعتد في بيته إذ للمعتدة السكنى بائناً كانت أو رجعية، فإن لم ترض لم يكن لها هذا الحق.

فرع:

لو كانت خالية من زوج فتركت حضانتها مع القدرة، ولها أم خالية من زوج فلمن تكون الحضانة، قال الاصطخري في أدب القضاء يحتمل وجهين:

أحدهما: تكون لأمها كما لو تزوجت، وهذا اختيار أبي حامد وجماعة.

والثاني: تكون للأب، لأن حضانتها لم تبطل بالترك، وصارت كالفاصل في النكاح ولا تنتقل ولايته إلى من دونه، وهو اختيار ابن الحداد ومشايخ خراسان.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «**فَإِذَا بَلَغَ الغُلَامُ وَلِي نَفْسَهُ**».

الفصل:

(ق٢٨٨ب) إذا بلغ الصبي رشيداً له أن يفارق أبويه، وينفرد بنفسه ولا يجوز إجباره على أن تكون معهما إلا أن الأفضل برهما وترك فراقهما، لأن اللَّه تعالى أوصى بالإحسان إليهما مسلمين أو كافرين، ونطق القرآن بذلك من مواضع، وإن كانت أنثى فبلغت فإنا نكره لها فراق الأبوين إلى أن تضم إلى زوجها فإنها عورة ولا يؤمن عليها من انفرادها، وإن اختارت لم تمنع منه، وإذا زفت إلى زوجها، ثم طلقها، فإنا نستحب إليها أن لا تفارق أبويها كالابن ولا يكره له فراقها كما لا يكره للابن لأمها قد خيرت الرجال وعرفت الأمور فهي تحفظ نفسها من الرجال.

وقوله: فإن أمن كانت مأمونة سكنت حيث شاءت أي ثابت وتأيمت بأن طلقها

---

(١) انظر الأم (٥/٨٦).

زوجها بعدما أصابها، وقول الشافعي ما لم تر ريبة.

اختلف أصحابنا منهم من قال: معناه إذا رأت ريبة أجبرت على أن تسكن مع أبويها أو مع أحدهما إن كانا متفرقين وليس لها أن تسكن حيث شاءت، وهذا هو الصحيح، ومنهم من قال معناه: إذا رأت ريبة كره لها أن تنفرد وتكون بمنزلها قبل الزفاف.

قال أصحابنا: وكذلك إذا كانت بكراً طهر منها ريبة تجبر على السكون في موضع تخص فيه والأولى على كل حال أن لا تفارق الأبوين زيادة في تحصينها وسببه نفي الريبة عنها وإنزاع للتهمة.

مسألة:

قَالَ(١): «وَإِذَا اجْتَمَعَ القَرَابَةُ مِنَ النِّسَاءِ فَتَنَازَعْنَ المَوْلُودَ».

الفصل:

الكلام الآية فيما يستحق الحضانة وترتيب الأقارب بعضهم على بعض، وذكر الشافعي في ذلك مسألتين:

إحداهما: إذا اجتمع نساء الأقارب ولا رجل معهن.

والثانية: إذا اجتمع الرجال والنساء، فأما المسألة الأولى فاختلف قول الشافعي في ترتيب الحضانة بينهن، فقال في الجديد: الأم أولى، ثم أمهاتها، ثم الأب، ثم أمه (ق٢٢٩أ) ثم أمهاتها، ثم أم الجد، ثم أمهاتها، ثم أم أبي الجد، وأن يكون وقوله: ههنا، ثم الجدة أم الجد، يعني أم الجد من جانب الأب فلا ترتقي إلى أم جد الأب بحال، ثم الأخت من الأب والأم، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم ثم الخالة، ثم العمة.

وجملته أن الاعتبار بالولادة الظاهرة، ثم بقوة الميراث، ثم بقوة الإدلاء. وقال في القديم: الأم أولى، ثم أمهاتها، ثم الأخت للأب والأم، ثم الأخت للأب، ثم الأخت للأم، ثم الخالة، ثم أم الأب وأمهاتها، ثم أم الجد، ثم العمة ووجه هذا أن الأخت رضعت معها في رحم واحد فهي أقرب من أم الأب، والخالة تدلي بالأم، وأم الأب تدلي بالأب والأم تقدم على الأب فكذلك من يدلي بالأم تقدم على من يدلى بالأب، وهذا غلط، والصحيح قوله الجديد، وبه قال أبو حنيفة لأنها جدة وارثة فوجب أن تقدم على الأخت كأم الأم، ولأن لها ولادة فتعتق على الولد بها ويثبت ميراثها مع الابن بخلاف الأخت والخالة.

وأما ما ذكر القائل يقول: القديم يبطل بأم الأم فإنها أولى بلا خلاف.

فإذا تقرر هذا فاعلم أنه لا خلاف أن الأم أحق بدليل قوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم

---

(١) انظر الأم (٥/٨٦).

تنكحي» وأيضاً فإنها ساوت سائر الأقارب في الحضانة واللبن وانفردت بقرب الدرجة والشفقة والحنو على الولد، فكانت أولى من غيرها ثم إذا عدمت الأم فأمهاتها فيقمن مقامها، وإن علون على الترتيب الأقرب فالأقرب لأن لهن ولادة وشفقة مثلها وهن، وإن بعدن يتقدمن على أمهات الأب، وإن قربن لأن الولادة فيهن مستحقة، وفي أمهات الأب لأجل الأب مظنونة وأنهن أقوى ميراثاً منهن لأنهن لا يسقطن بالأب، ثم بعدهن تنتقل إلى أمهات الأب. نص عليه في الجديد فأحق أمهات الأب أمه، ثم أمهاتها، وإن علون فقد مات على أم الجد لتقديم الأب على الجد (ق٢٢٩ب) فإذا عدمن قام الجد، ثم أمهاتها، وإن علون ثم أم أب الجد ثم أمهاتها، ثم ينتقل إلى الأخوات وترتيب الأخوات على ما ذكرنا، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة الأخت من الأم أولى من الأخت للأب، وبه قال المزني، وابن سريج، قال في المنهاج، وكان القياس الذي مهده في الجد أب تقدم الأخت للأم على الأخت للأب، وقد فعل ذلك في القديم ولكنه نظر في هذا الموضع مع القرابة إلى ترجيح الميراث والعصوبة من جانب الأب فقدم الأخت للأب، ووجه أن الأخت من الأم تدلي بالأم فتقدم على الأخت من الأب كما تقدم الأم على الأب وعلى هذا قال ابن سريج: الخالة تقدم على الأخت من الأب أيضاً لهذه العلة. وعن أبي حنيفة روايتان في هذا، وهذا غلط لأنهما أختان من أهل الحضانة فكان أقواهما في الميراث أقواهما في الحضانة كالأخت من الأب والأم مع الأخت من الأب.

وأما ما ذكره لا يصح لأن الأخت تدلي بنفسها لأنهما خلقا من ماء واحد ولها تعصيب وليس للأخرى ذلك فكانت أولى ثم ينتقل إلى الخالات فيقدم الخالة للأب والأم، ثم الخالة للأب، ثم الخالة للأم وخالفه المزني، وابن سريج فقالا: تقدم الخالة من الأم على الخالة من الأب.

ومن أصحابنا من يسقط حضانة الخالة للأب لإدلائها بأب الأم والأنثى إذا أدلت بذكر لا ترث لا يكون لها حضانة، وهذا لا يصح لمساواتها للأم في درجتها فصارت مدلية بنفسها وخالفت أم الأب الأم المدلية بغيرها وإنما قدمنا الخالات على العمة لأنها تدلى بالأم، والعمة تدلي بالأب، فغلب جانب الأم على جانب الأب ثم بعدهن العمات فتقدم العمة من الأب والأم، ثم العمة من الأب، ثم العمة من الأم، وقال المزني، وابن سريج تقدم العمة من الأم على العمة من الأب. ثم اختلف أصحابنا على وجهين:

أحدهما: ينتقل بعد العمات إلى بنات الإخوة (ق٢٣٠أ) والأخوات، ثم إلى بنات العصبات قرباً فقرباً، ثم بنات الخالات والعمات، ثم إلى خالات الأبوين على ترتيب العصبات اعتباراً بالميراث.

والثاني: أنها تنتقل بعد الخالات والعمات إلى خالات الأبوين عملاً على تدريج الأبوة فإذا قلنا بالوجه الأول تقدم بنات الأخوات على بنات الأخوة لتقدم الأخوات فيها على الأخوة فتقدم بنت الأخت للأب والأم، ثم بنت الأخت للأب ثم بنت الأخت

للأب، ثم بنت الأخت للأم، ثم ينتقل إلى بنات الأخوة فتقدم بنت الأخ للأب والأم، ثم بنت الأخ للأب، ثم بنت الأخ للأم، ثم ينتقل إلى بنات بني الأخوات لأن بني الأخوة عصبة يرثون وبنو الأخوات لا يرثون فتقدم الحضانة لبنت ابن الأخ للأب والأم، ثم لبنت ابن الأخ للأب ولا حضانة لبنت ابن الأخ للأم لأنها تدلي بذكر لا يرث، ثم تنتقل بعد بنات العصبات إلى بنات الخالات، ثم بنات العمات.

وإذا قلنا بالوجه الثاني انتقلت بعد الخالات والعمات إلى جدات الأم يترتبن فيها ترتيب الخالات المتفرقات ولا حضانة لعمات الأم لإدلائهن بأب الأم وهو ذكر لا يرث، ثم ينتقل بعد خالات الأم إلى خالات الأب، ثم إلى عماته، ثم ينتقل بعد خالات الأب وعماته إلى خالات أم الأم، دون عماتها، ثم تنتقل بعدهن إلى خالات الجد، ثم إلى عماته، ثم تنتقل بعد خالات الأب وعماته إلى خالات أم الأم دون عماتها، ثم تنتقل بعدهن إلى خالات الجد، ثم إلى عماته، ثم يستعلي ذلك إلى درجةٍ بعد درجةٍ ولا تستوعب عمود الأمهات، لأن البعدى من أمهات الأم وارثة كالقربى فلم يعتبر في حضانتهن قرب الدرج والخالات والعمات بخلافهن لأنهن لا يرثن (ق٢٣٠ب) فاعتبر فيهن قرب الدرج فإذا عدم خالات الأمهات وخالات الآباء وعماتهم انتقلت الحضانة بعدهن إلى بنات الأخوات، ثم إلى بنات الأخوة، ثم إلى بنات العصبة، ثم إلى بنات الخالات، ثم إلى بنات العمات على ما بيناه في الوجه الأول.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا الخالة أولى فهي أولى من بنت الأخت ثم بنت الأخت أولى من العمة، وإن استويا في حرمان الميراث والمحرمة لأنها من قرابة الأم، والصحيح ما ذكرنا، وأما المسألة الثانية فسيأتي ذكرها إن شاء اللّٰه تعالى.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَلاَ وِلاَيَة لأُمِّ أَبي الأم لأَنَّ قَرَابَتَهَا بِأَبِ الأُمِّ».

جملته أن كل أب يدلى بأم فلا حق له ولا لمن يدلى به من الأمهات، من أم أب الأم وغيرها وعلل ههنا فقال: لأن قرابتها بأب الأم، وهذا التعليل فيه نوع اختصار لأنك تعلم أن أم الأب وأم أب الأب تدلى بقرابة أم فلا يكتفي في التعليل بأن يقال بأن قرابتها بأن لا بأم ومعناه لأن قرابتها بأب أم وذلك الأب لا حق له في هذه الولاية وغيره من الولايات فالمدلية به تشابهه وتحاكيه فكان قرابة الصبي من سائر النساء اللاتي رتبناهن أدلى من هذه التي هي أم أم الجد أب الأب وكذلك لا حق لأم أم أم ولا لأم أب أم أب وعلى هذا لا حق لابنة الخال ولا لابنة ابن الأخت لأنها تدلى بذكر لا يرث.

فرع:

هل لهن الحضانة مع عدم مستحقها وجهان:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٧).

أحدهما: لهن ذلك لاختصاصهن بالقربى، وإن ضعفت لأن ضعفها يسقط جهتها مع من هو أقوى منها ولا يسقط مع من عدم قرابتها فعلى هذا لا يجوز العدول عنها إلى الأجانب.

والثاني: لا يستحقن الحضانة بحالٍ لأنه لم يوجد فيهن سبب الاستحقاق ولكن يجوز أن يقدم بذلك على الأجانب من طريق الأولى (ق٢٣١أ) دون الاستحقاق كما تقدم المرضعة والجارة، وهذا لأن حضانتهن أصلح للصبي من حضانة الأجانب فعلى هذا إن أدى اجتهاد الحاكم إلى العدول منها إلى غيرها من الأجانب جاز. وهذا اختيار أبي إسحاق، لأن الحاكم أحق نيابة عن المسلمين كما في الميراث فإذا قلنا بالأول ففي أحقهم بها إذا اجتمع الذكور والإناث وجهان:

أحدهما: الذكور أحق بها لقربهم ممن أدلى بهم فيكون أب الأم أحق بالحضانة من أب، والخال أحق بها من ابنته.

والثاني: الإناث مع بعدهن أحق بها ممن أدلى به من الذكور مع قربهم لاختصاصهن بالأنوثة التي هي آلة التربية ومقصود الحضانة فتكون أم أب الأم أحق من أبيها وبنت الخال أحق بها من الخال، وإن انفرد الذكور وتنازعوا فإن كان لأحدهما ولادة دون الآخر كأب الأم والخالة كانت الحضانة لأب الأم لبعضيته ولا قصاص عليه به وعتقه عليه، وإن لم يكن فيها ولادة كالخال والعم من الأم فيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواء بينهما ولا اعتبار بمن أدليا به لتساويهما في سقوط الحضانة مع وجود مستحقها.

والثاني: وهو الأشبه يستحقها من قوى سبب إدلائه فيكون الخال لإدلائه بالأم أحق بها من العم للأم لإدلائه بالأب الذي تقدم عليه الأم، ولو كان ابن أخ لأم وعم لأم كان العم للأم أولى لإدلائه بأم الأب التي هي أحق بالحضانة من الأخ للأم.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَلاَ حَقَّ لأَحَدٍ مَعَ الأَبِ غَيْرَ الأُمِّ وَأُمَّهَاتِهَا».

الفصل:

قد مضى الكلام إذا اجتمع نساء القرابات ولا رجل معهن وهذه المسألة إذا اجتمع الرجال والنساء والحكم فيها بأن الأم وأمهاتها أولى من جميع الأقارب لما ذكرنا أن لهن ولادة وهن من أهل الحضانة بأنفسهن (ق٢٣١ب) فإن عدمن الأقارب اللاتي تدلين بالأب كالأمهات للأب والأخوات للأب والعمات لا حق لهن مع الأب بل يقدم الأب عليهن لأنهن يدلين به فكان المدلى به أحق من المدلى.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٧).

وأما النساء اللاتي . . . . بالأم كالأخت من الأم والخالة فالمذهب المنصوص أنه يقدم الأب عنهن لأن في الأب من الولادة والاختصاص من النسب ما لا يكون في غيره. وقال الاصطخري، وابن سريج، وأبو إسحاق، وبه قال أبو حنيفة: يقدمن على الأب ويقدم الأخت من الأب والأم عليه أيضاً، وهذا اختيار أبي حامد لأنها ذات حضانة تدلى بالأم فسقط الأب معها كالجدة أم أم. قال هذا القائل ومعنى قوله: ولا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمهاتها أي لا حق لأحد مع الأب ممن يدلى به دون من يدلى بالأم بدليل أنه قال بعده فأما أخواته وغيرهن فإنما حقوقهن بالأب فلا يكون لهن حق معه وهن يدلين به فدل على أن من لا يدلى به فلها حق معه، وهذا لا يصح لأنه لو قدم الأخت مع الأم والخالة على الأب لظاهر هذا الكلام لوجب أن يقدم كلاهما على أمهات الأب لأنهن يدلين به فلما لم يدل هذا على تقديمهما على أمهاته فلذلك لا يدل على تقديمهما عليه، ولأن الشافعي صرح بأنه لا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمهاتها، وذلك يقتضي أن يكون الأب أولى من الأخت والخالة فلا يجوز تركه بدليل الخطاب الذي بعده، وهذا اختيار صاحب الإفصاح والقاضي الطبري، وفي رواية الربيع فأما أخواتها وغيرهن فلا يكون لهن حق معه، وهذا نص صريح على أن الأب يقدم على الخالة، وعلى هذا إذا اجتمع أب وأم أب وأخت لأم فعلى القول القديم الأخت من الأم والخالة مقدمة على الأب، ومن يدلى به فالأخت للأم أولى (ق٢٣٢أ) وههنا لا تفريع عليه وأما على قوله الجديد أن أمهات الأب مقدمة على الأخوات يتفرع هذا، فإن قلنا بظاهر مذهب الشافعي أن الأب يقدم عليهما فالحضانة له، وإن قلنا بقول الأصحاب وأنه لا يسقطهما ففي هذه المسألة وجهان:

أحدهما: أن الحضانة للأب ههنا وهو اختيار الاصطخري لأن الخالة والأخت من الأم يسقطان بأم الأب، ثم يسقط أم الأب بالأب، قال: ولا يمتنع أن يسقط أم الأب الخالة والأخت للأم، ثم لا يثبت لها الحق بل يثبت للأب كالأخوين مع الأبوين يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ثم لا يحصل ذلك السدس لها بل يحصل للأب.

والثاني: وهو قول عامة أصحابنا أن الحضانة للأخت من الأم والخالة لأن أم الأب تسقط بالأب والأب يسقط بالخالة والأخت للأم، وإن اجتمع أب وأخت لأم فيه وجهان أيضاً لأن مذهب الشافعي في الجديد أن الأخت للأب مقدمة على الأخت للأم.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا قلنا بالمذهب الصحيح ينتقل بعد الأب إلى أمه، ومن علا مقدمين على أبيه، فإن عدم أمهات الأب انتقلت إلى أب الأب، وهو الجد، ثم إلى أب الجد، ثم إلى أمهاته، ثم إذا عدم الآباء والأمهات فيه ثلاثة أوجه:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٥١٩).

أحدهما: أن جميع النساء من الأقارب أحق بالحضانة من جميع العصبات فتقدم الأخوات والخالات والعمات ومن أدلى بهن من البنات على جميع العصبات من الأخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم لما فيهم من الأنوثة التي هي بالحضانة أخص مع الاشتراك في القرابة، وإن تفاضلوا فيها.

والثاني: جميع العصبات أحق من جميع النساء من الأخوات والعمات والخالات، ومن يدلى بهن عن بناتهن لاختصاص العصبات بالنسب واستحقاقهم للقيام بتأديب المولود والميراث.

والثالث: وهو الأصح لا يترجح أحد الفريقين (ق٢٣٢ب) على العموم ويعتبر تفاضل الدرج ويترتبون ترتيب العصبات في استحقاق فالأقرب من الرجال والنساء، فإن كان الرجال أقرب قدموا، وإن كان النساء يقدمن، وإن استوت الرجال والنساء في الدرج قدم النساء فيها على الرجال لاختصاصهن بالأنوثة فعلى هذا ينتقل بعد الآباء والأمهات إلى الأخوة والأخوات فتقدم الأخوات لأنوثتهن، ثم ينتقل بعدهن إلى الأخوة، فإذا عدموا انتقلت إلى بنات الأخوات، ثم إلى بني الأخوة، فإن اجتمع ابن أخت، وابنة أخ كانت بنت الأخ أحق من ابن الأخت، وإن كان مدلياً بمن هو أحق اعتباراً بالأنوثية المستحق، ثم بعد الأخوة والأخوات انتقلت إلى الدرجة التي تليهم، وهو من ساوى الأبوين في درجته فالمساوىء للأم في درجتها الخالات والمساوىء للأب في درجته الأعمام والعمات، فتكون الخالات أحق بها من الأعمام والعمات لإدلائهن بالأم التي هي أحق بالحضانة من الأب، ثم ينتقل بعدهن إلى العمات يتقدمون فيها على الأعمام، ثم ينتقل بعدهن إلى الأعمام، فإذا عدم الأعمام انتقلت إلى بنات الخالات، ثم إلى بنات العمات، ثم إلى بنات العم، ثم إلى بني العم، فإذا عدمت هذه الدرجة انتقلت إلى الدرجة التي تليها وهي الدرجة التي تساوي درجة الجد، والجدة فتساوي درجة الجدة خالات الأم وتساوي درجة الجد أعمام الأب وعماته فتنتقل الحضانة إلى خالات الأم، ثم إلى خالات الأب، ثم إلى عمات الأب، ثم إلى أعمام الأب، ثم إلى أولادهم فتكون بعدهم لبنات خالات الأم، ثم لبنات خالات الأب، ثم لبنات عمات الأم، ثم لبنات عمات الأب، ثم لبنات أعمام الأب، وعلى هذا أبداً.

وحكى بعض أصحابنا عن القفال أنه قال: لا يختلف أصحابنا أن أم الأب، وأم الجد، وإن بعدن أولى من الأب لأن لهن حق الولادة، وإن كان أولاهن به ولا حق للأخت من الأب مع الأب، لأن (ق٢٢٣أ) إدلائهما به وليس لهما قوة الولادة، وكذلك لا حق للأخت من الأم والأخت للأم اللتين حجبتا بالأب.

قال: وحكي عن الاصطخري أنه قال: تقدم الأخت من الأبوين والأخت من الأم والخالة على الأب، فأما الأخت للأب يحتمل وجهين:

أحدهما: تقدم كأم الأم.

والثاني: تؤخر، لأن إدلائها به وليس لها حق الولادة، قال: وتأويل قوله فأما أخواته أراد أخوات الأب لا أخوات الصبي، وهذا تخليط، ولم يساعده أحد من أصحابنا بالعراق في هذا والصحيح ما ذكرنا.

فرع:

إذا انفرد الذكور فأحقهم الأب، ثم أباه، ثم بعد الأجداد الإخوة فيقدم الأخ للأب والأم، ثم الأخ للأب، ثم الأخ للأم، وعلى قياس قول ابن سريج يقدم الأخ من الأم على الأخ من الأب، ثم بعد الإخوة فيه وجهان:

أحدهما: ينتقل إلى بني الإخوة ويتقدمون على الأعمام لقوة تعصيبهم فيقدم ابن الأخ للأب والأم، ثم ابن الأخ للأب ولا حق فيها لابن الأخ للأم لأنه غير وارث، ثم ينتقل بعدهما إلى أولادهما، وإن سفلوا ثم إلى الأعمام على هذا الترتيب.

والثاني: ينتقل بعد الإخوة إلى الأعمام دون بني الإخوة لقوتهم في الدرجة على بني الإخوة، ثم بعدهم إلى بني الإخوة دون بني الأعمام لاختصاص بني الإخوة بالمحرمة دون بني الأعمام، ثم بعد بني الإخوة والأعمام وجهان:

أحدهما: ينتقل إلى بني الأعمام يتقدمون بها، وإن سفلوا على أعمام الأب إذا قلنا يتقدم بها بنو الإخوة وإن سفلوا على العم، ثم تنتقل بعدهم إلى عم الأب.

والثاني: ينتقل إلى عم الأب يتقدم بها على بني العم إذا قلنا العم يتقدم بها على بني الإخوة، فإذا عدم الأب انتقلت بعده إلى بني الأعمام يتقدمون بها، وإن سفلوا على بني عم الأب، وإن قربوا لاختصاصهم بالقرب وتساويهم في عدم المحرمية، ثم على هذا الترتيب (ق٢٣٣ب) في بني أب بعد أب، ثم إذا عدم جميع العصبات لم يكن للمولى المعتق حق فيها لأنه أسقط بالعتق حق نفسه عن المعتق، فسقطت حضانته.

فرع آخر:

لو كان للمولى المعتق نسب هو أبعد من نسب من حضر فهل يترجح بولاية مع بعده على من هو أقرب منه كعم وعم أب معتق؟ فيه وجهان:

أحدهما: يتقدم به، وإن بعد لجمعه بين شيئين يجري على كل واحد منهما حكم التعصيب فتكون الحضانة لعم الأب لولاية دون العم.

والثاني: لا يتقدم لأنه سبب لا يستحق به الحضانة فلم تترجح به الحضانة إلا مع التكافؤ فيكون العم أحق بالحضانة لقربه من عم الأب مع ولاية.

وذكر صاحب «الحاوي»[1] في الحضانة ترتيباً حسناً فقال: إذا اجتمع في الحضانة قرابات المولود فتكون على ثلاثة أقسام:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٥١٢).

أحدها: أن يكونوا نساءً لا رجل فيهم.

والثاني: أن يكونوا رجالاً كلهم.

والثالث: أن يكونوا رجالاً ونساءً، فأما الأول فيخرج منهن من لا حضانة لها وهي نوعان:

أحدهما: من سقطت حضانتها لنقص.

والثاني: من سقطت حضانتها لضعف قرابتها وهي كل مدلية بذكر لا يرث. ثم من عدا هذين الصنفين متقدمين فيها بقوة السبب وذلك بشيئين دنوا القرابة كالأم مع أمها وقوة القرابة وقوتها تكون بخمسة أسباب مباشرة؛ الولادة، ووجود البعضية، والتعصيب، والميراث، والمحرمية، والإدلاء بمستحق الحضانة ويقسم الإدلاء ثلاثة أقسام:

الإدلاء بالولادة كالإدلاء أم الأم بولادة الأم، وأم الأب بولادة الأب وهو أقوى أقسام الإدلاء.

والإدلاء بالانتساب كإدلاء الأخوات بالأبوين وإدلاء بناتهن بهن، وهذا يتلو الأول في القوة.

والثالث: الإدلاء بالقربى كإدلاء الخالة بالأم والعمة بالأب، وقد ذكرنا شرح الكل فلا نعيده.

فرع آخر:

لو اجتمع مع الرجال والنساء في الحضانة خنثى مشكل نظر (ق٢٣٤أ) في مستحقها، فإن كان رجلاً لم تساوه الخنثى فيها لجواز أن يكون امرأة، وهل يتقدم بذلك على المرأة عند عدم الرجال؟ وجهان، وإن كان مستحقها امرأة لم تساوها الخنثى وهل يتقدم بذلك في الرجل؟ وجهان:

أحدهما: يتقدم عليه إذا تقدمت عليه المرأة لجواز أن يكون امرأة.

والثاني: لا يتقدم عليه لعدم الحكم بأنه امرأة.

فرع آخر:

لو أجبر الخنثى على اختياره لنفسه أنه رجل أو امرأة عمل على قوله في سقوط الحضانة، وهل يعمل على قوله في استحقاقها وجهان:

أحدهما: يعمل عليه لأنه أعرف بنفسه.

والثاني: لا يعمل عليه للتهمة.

فرع آخر:

لو وقع التنازع في كفالة المولود وله زوجة كبيرة نظر، فإن أمكن استمتاعه بها أو استمتاعها فهي أحق بكفالته، وإن كانت أجنبية من جميع قراباته لما جعل اللّه تعالى بين

الزوجين من المودة والرحمة فكان أسكن لها وأعطف عليه، وإن لم يكن استمتاعه بها ولا استمتاعها به لا حق لها في كفالته وأقربائه من الرجال والنساء أحق به منها.

فرع آخر:

لو كانت الزوجة من أقاربه هل يترجح بعقد النكاح على غيرها من الأقارب وجهان:

أحدهما: يترجح لجمعها بين سببين.

والثاني: لا يترجح وتقف على درجتها من القرابة التي هي أخص بالكفالة.

فرع آخر:

لو كان المولود جارية ولها زوج كبير، فإن أمكنه الاستمتاع بها كان أحق بكفالتها، وإن لم يمكنه فالأقارب أحق بكفالتها منه، فإن شاركهم في القرابة فهل يترجح بعقد النكاح عليهم؟ وجهان.

مسألة:

قَالَ[1]: «وَالجَدُّ أَبُو الأَبِ يَقُومُ مَقَامَ الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَباً أَوْ كَانَ غَائِباً أَوْ غَيْرَ رَشِيدٍ».

قال أصحابنا: ليس هذا الكلام على ظاهره، فإن أم الأب أحق من الجد وكذلك أمهاتها يقدمن على الجد أب الأب (ق٢٣٤ب) لاختصاصهن بالحضانة، وتأويل هذا الكلام أن الجد أحق إذا لم يكن أب من أمهاته كما يكون الأب أحق من أمهاته، وإن اجتمع معه خالة أو أخت لأم، وقلنا: إن الأب يقدم عليها فههنا وجهان:

أحدهما: الجد أولى أيضاً، لأنه يقوم مقام الأب.

والثاني: وهو الأقرب الأخت أولى؛ لأنها مساوية للجد في الدرجة وتختص الأخت بالحضانة بخلاف الجد، وهكذا إذا كان الأب غائباً أو غير رشيد بأن يكون فاسقاً أو مجنوناً، فالجد مقامه إذا لم يكن أمهات الأب.

فإن قيل: أبطلتم حق الحضانة بالغيبة ولم تبطلوا حق الولاية في النكاح بالغيبة فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن المطلوب بالحضانة خط الصبي، والخط له بأن ينتقل إلى الجد دون الحاكم وليس كذلك ولاية النكاح فإنها حق المولى فلا تبطل بغيبته، فقام الحاكم مقامه في استيفاء حق المرأة منه، ولأن الغيبة لا تمنع حق النكاح؛ لأنه لو زوجها من موضعه يصح بخلاف الكفالة، وعلى هذا قال القفال: لو ترك الأقرب الحضانة فالحق

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٧).

الأبعد بخلاف ولاية النكاح، فإنها تنتقل إلى السلطان؛ لأن تزويج السلطان يحصل لها ما يحصل من تزويج القريب ولا يحصل بحضانة السلطان ما يحصل بحضانة الأقارب فيراعى فيه حظ الصبي.

مسألة:

قَالَ[١]: «وَكَذَلِكَ العِصْبَةُ يَقُومُونَ مَقَامَ الأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَقْرَبَ مِنْهُمْ مَع الأُمَّ وَغَيْرُهَا».

الفصل:

اختلف أصحابنا في تأويل هذا الكلام، فمنهم من قال: معناه أن العصبة يقومون مقام الأب في حفظ نسبه وتأديبه وإسلامه إلى الصنعة دون الحضانة، فإن الإخوة والأعمام لا مدخل لهم في الحضانة، وإنما الحضانة من الرجال للأب، والجد فقط، وبه قال أبو إسحاق، ومن أصحابنا من قال: أراد به في الحضانة (ق٢٣٥أ) وهو الظاهر من مذهب الشافعي وهو الصحيح؛ لأن الشافعي روى خبر عمارة الجرمي أن علي بن أبي طالب خيره بين أمه وعمه فدل على أن العم له مدخل في الحضانة.

فإذا قلنا بهذا ولم يكن أحد من الأبوين والجد والجدات، فإن كان الولد ذكراً يدفع إلى الأقرب فالأقرب من العصبات وأولادهم، سواء كان الأقرب ذكراً أو أنثى، وإن كان الولد أنثى نظر في العصبة، فإن كان محرماً لها لم تسلم إليه وإنما تسلم إلى من يدلى به من الإناث، مثل أن يكون ابن عم وله بنت فتسلم إلى بنت ابن العم، فإذا اجتمع ذكر وأنثى مثل ابن العم، وابنة العم، فإن الولد يسلم إلى ابنة العم دون ابن العم؛ لأنهما إذا استويا في الدرجة قدمت الأنثى على الذكر لكمال حضانتها على ما ذكرنا فيما تقدم، وعلى ما ذكرنا إذا لم يكن أب ولا جد فهل يخير الولد بين الأم وسائر العصبات؟ وجهان، وأما من يدلى بالأب فلا يخير بينهن وبين الأب، وإن أدلين بالأم كالخالات ففي تخييزه بين الأب وبينهن وجهان، وفي تخييره بين سائر العصبات، وبين سائر النساء سوى الأمهات ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تخير والعصبات أحق.

والثاني: لا تخير ونساء القرابات أحق.

والثالث: تخير بين عصابته ونساء قراباته إذا تساوي درجتهم فإن استوى اثنان من عصبته كأخوين أو اثنتان من قراباته كالأختين فيه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٧).

أحدهما: يخير بينهما.

والثاني: يقرع بينهما ولا يخير.

وقيل: إن كانت العصبة ابن العم لا تخير الجارية بينه وبين الأم إذ لا يحل له الخلوة بها، قال القفال: إلا أن تكون صغيرة لا تشتهى مثلها فحينئذٍ هو كالغلام يخير بين أمه وبينه أيضاً وهذا غريب.

مسألة:

قَالَ[١]: «إِذَا أَرَادَ الأَبُ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنِ البَلَدِ الَّذِي نَكَحَ بِهِ المَرْأَةَ كَانَ بَلَدَهُ أَوْ بَلَدَها فَسَوَاءٌ».

الفصل:

قد ذكرنا فيما مضى أن الأب إذا أراد أن ينتقل إلى بلد آخر، فإن الأب أحق بالولد (ق٢٣٥ب) من الأم. قال الشافعي: «مُوْضَعَاً كَانَ أَوْ كَبِيراً» وأراد به سواء كان طفلاً أو قد بلغ الحد الذي يخير بين الأبوين، فإن الأب يكون أحق به، إلا أن يريد أن ينتقل إلى بلدٍ غير مأمون من النهب والغارة فتكون الأم أحق به، وهذا لما ذكرنا أن الأنساب لا تبقى ولا تجيء بالأمهات، وإنما يجيء بالآباء، وربما يتطاول الزمان بعد نقله فيندرس نسب الولد ويخفى، والنسب إذا اندرس أضر بالولد والوالد جميعاً، ولا فرق بين أن تكون البلدة التي نكحها بها بلدة مقامها أو غير ذلك خلافاً لأبي حنيفة، حيث فصل بين أن ينكحها في بلدها وبين أن ينكحها في غير بلدها، ولا فرق بين أن يكون الولد ذكراً كان أو أنثى؛ لأنها في الحاجة إلى النسب سواء، وقد ذكرنا أنه لو أراد الخروج للتجارة أو النزهة فالأم أحق وليس له أن يحمل الولد معه؛ لأنه لا يندرس به النسب، وإن اختلفا فقال الأب: أريد النقلة، وقالت الأم: تريد التجارة فالقول قول الأب؛ لأن المرجع في ذلك إلى عزيمته وقصده، وهو أعلم بذلك، ويلزمه اليمين لتعلقه بسقوط حقها من الحضانة.

وقال القفال: القول قوله بلا يمين؛ لأنه أمر في المستقبل، والصحيح ما ذكرنا. وكل موضع قلنا: الأب أحق ويبطل حق الأم من الحضانة، فلو قالت الأم: أنا أنتقل إلى ذلك البلد أو عاد الأب إلى بلدها كانت على الحضانة.

ثم قال الشافعي[٢]: «وَكَذَلِكَ العَصَبَةُ».

ومعناه إذا لم يكن للوالدات كان له عصبة من جانب الأب وأراد العصبة النقلة

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٧).

(٢) انظر الأم (٥/ ٨٧).

واستيطان بلدة أخرى، فالعصبة أولى بالولد من الأم؛ لأن الأنساب مع العصبات أبقى وأحب، وهذا يدل على أن الشافعي رحمه اللّه جعل للعصبات حظاً في الحضانة بخلاف ما حكيناه عن أبي إسحاق.

(ق٢٣٦أ) مسألة:

قَالَ[١]: «وَلاَ حَقَّ لِمَنْ لَمْ تَكْمُلْ فِيهِ الحُرِّيَّةُ فِي وَلَدِ الحُرِّ».

من لم يكمل حريته بأن يكون بعضه حراً وبعضه مملوكاً حكمه حكم العبد القن؛ فإنه إن كان مملوكاً فالأب الحر لا حق له فيه أيضاً، وقد ذكرنا أنه إذا كان الولد حراً والأم مملوكة دون الأب فحضانته لأبيه الحر، وإذا كان الولد مملوكاً فحضانته لسيده، والأولى لسيده أن يسلمه إلى أمه، وهل يجوز أن يسلمه إلى غيرها وجهان:

أحدهما: له ذلك لأنه ملكه يفعل به ما شاء.

والثاني: ليس له لأنه تفرقة بين الأم وولدها.

وقال في «الحاوي»[٢]: إذا كان الولد مملوكاً وأبواه حرين لا كفالة لهما بعد السبع لرق الولد، وفي استحقاق الأم لحضانته في السبع رضيعاً أو فطيماً وجهان:

أحدهما: تستحقها لفضل حنوها وعجز السيد عنها.

والثاني: لا تستحقها لأن المملوك لا تثبت عليه ولاية لغير سيده.

وإن كان الولد وأمه مملوكين، فلو كانت الأم مملوكة لغير سيده لا حق لها في حضانته، وإن كانت لسيده لم يجز أن يفرق بينهما في حال صغره، وهل تصير بالمنع من التفرقة بينهما مستحقة لحضانته؟ وجهان:

أحدهما: تستحق، لأن المنع من التفرقة بينهما، قد جعلها أحق به من غيرها.

والثاني: لا تستحقها لأن ثبوت الرق عليها مانع من ولايتها.

باب نفقة المماليك

مسألة:

قَالَ[٣]: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَة عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَجْلانَ وَذَكَرَ الخَبَر».

الفصل:

الكلام ههنا في نفقة العبيد والإماء فتجب نفقة المملوك على سيده وكذلك كسوته بالمعروف، والأصل فيه ما ذكرنا من الخبر، وهو ما روى أبو هريرة رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ

---

(١) انظر الأم (٥/ ٨٧).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٥٢٤).

(٣) انظر الأم (٥/ ٨٨).

قال: «للمملوك طعامه وكسوته (ق٢٣٦ب) بالمعروف ولا يكلف من العمل إلا ما يطيق»[١].

قال الشافعي: ومعنى قوله لا يكلف من العمل إلا ما يطيق الدوام عليه.

وروي عن أبي المعرور سويد أنه قال: لقيت أبا ذر بالربذة وعليه ثوب حلة وعلى غلامه مثله فقال له رجل: يا أبا ذر لو أخذت هذا الثوب من غلامك فلبسته وكسوت غلامك ثوباً آخر، فقال: قال رسول الله ﷺ: «هم إخوانكم جعلهم اللّه تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه، فإن كلفه فليعنه»[٢].

وروي أنه قال له رجل: أكسوت غلامك مما تلبس فقال أبو ذر: إني سأبيت غلاماً لي فرفعت يدي لأضربه فلم يفجأني إلا رجل أخذ بيدي فالتفت فإذا رسول الله ﷺ فقال: هذا وقال: «لا تكلفه من العمل ما لا يطيق».

فإذا تقرر هذا لا يخلو إما أن يكون مكتسباً أو غير مكتسب، فإن لم يكن مكتسباً بأن كان زمناً أو أعمى أو طفلاً لا كسب له لزمه أن ينفق عليه من سائر أمواله أو يبيعه، أو يعتقه، فإنه إذا أعتقه حلّ له أن يأخذ الصدقات فيستغني بها، وإن كان مكتسباً، فإن كان في كسبه وفاءً بنفقته، فقد فعل الواجب، وإن لم يكن وفاء وجب على السيد إتمامه من سائر ماله، وإن كان أكثر من نفقته لزم العبد أن يدفع ما زاد عليها إلى السيد.

وأما مقدار النفقة فهو ما يكفي مثله في ذلك البلد غالباً من القوت والأدم، ولا يعتبر حاله في نفسه فإنه ربما يكون كبيراً كون اعتاد كثرة الأكل وإنما تعتبر عادة مثله.

ومن أصحابنا من قال: إذا كان لا يكفيه قدر الغالب واعترف السيد به يلزمه قدر كفايته، كما إذا كان يكفيه أقل من ذلك لا يلزمه الزيادة؛ لأنه لا طريق للعبد إلى تحصيل شيء إلا من جهة كسبه وكسبه لسيده.

قال في «الحاوي»[٣] (ق٢٣٧أ) إن كانت الزيادة تؤثر في قوته وبدنه يلزمه الزيادة، وإلا فلا يلزم ويعتبر جنس القوت بغالب عرف البلد سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه، ويلزمه إدام مثله أيضاً، فإن كان ببغداد فالخبز الخشكار، وإن كان بالمدينة فالتمر، وإن كان بخراسان فالبر، وإن كان بطبرستان فالأرز، وإن كانوا في موضع يقتاتون الشعير فمنه.

ثم تكلم الشافعي على الخبر في تفسير المعروف فقال: فعلى مالك المملوك الذكر

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٦٣)، وأحمد (٢/ ٢٤٧، ٣٤٢)، وابن حبان (١٢٠٥)، والحميدي (١١٥٥)، والبخاري في «الأدب المفرد» (١٩٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٤٥)، ومسلم (١٦٦١).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (١١/ ٥٢٧).

والأنثى البالغين إذا شغلهما في عمل له أن ينفق عليهما ويكسوهما بالمعروف وذلك نفقة رقيق بلدهما الشبع لأوساط الناس تقوم به أبدانهم من أي طعام كان، وفي هذا اللفظ إشكال، وذلك أنه قيد نفقتهما بالعمل فقال: «إذا شغلهما في عمل له أن ينفق عليهما» ومعلوم أن النفقة تجب بالملك ولا يتوقف وجوبها على الاستخدام. وكذلك الكسوة، فيحتمل أن يكون مقصود الشافعي بهذا التقييد التعليل لا الشرط، فكأنه قال: لما كان السيد بسلطان الملك مسلطاً على الاستخدام وتكليف العمل كان عليه النفقة والكسوة في مقابلة الملك الذي به ولاية الاستخدام، سواء استخدم أو لم يستخدم ويحتمل معنى آخر وهو أنه أراد به الزيادة في النفقة بسبب العمل، وكذلك الكسوة. وبيان هذا أن الرجل إذا كان له مملوك فربما يكلفه عملاً يحتاج ذلك المملوك بسبب ذلك العمل الذي يتكلفه إلى زيادة طعام، وإذا كلفه عملاً في الأسواق ومشاهد الناس، فالعادة أن تكون الكسوة بخلاف كسوته التي يلبسها في داره، فلعله أراد بهذا التقييد هذا المعنى، وإلى هذا المعنى يرجع التقييد بالبلوغ لأن الصغير في العرف والعادة قد يستغني عن بعض ما لا يستغني عنه البالغ من كسوة وطعام.

مسألة:

قَالَ[(١)]: «وَكُسْوَتُهُمْ كَذَلِكَ».

الفصل:

(ق٢٣٧ب) إلى أن قال: «وَالجَوَارِي إِذَا كَانَتْ لَهُنَّ فَرَاهَةٌ وَجَمَالٌ فَالمَعْرُوفُ أَنَّهُنَّ يُكْسَيْنَ أَحْسَنَ مِنْ كُسْوَةِ اللَّائِي دُونَهُنَّ».

يلزم السيد أن يكسوهم ما يكتسي العبيد في ذلك البلد، والأولى أن يسوي بين عبيده ولا يفضل كثير الثمن على قليله الثمن فيها، ولا تعتبر كسوة السيد فقد يكون بخيلاً يلبس ثياباً أدون مما تلبسه العبيد، وقد يكون سخياً يلبس أحسن الثياب فلا يعتبر ذلك.

وأما الجواري، فإن كن للخدمة يسوى بينهن كالعبيد، وإن كان بعضهن للتسري اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: يسوى بينهن أيضاً كالعبيد، ومنهم من قال: وهو الصحيح المنصوص أنها إذا كانت جمال وفراهة يكسوها أحسن ما يكسو الخادمة، لأن العرف جرى بذلك، ولأن للرجل أغراضاً في أن تكون جاريته لفراشه أحسن زياً وثياباً من الخادمة لاستمتاعه.

وأعلم أنه يختلف نفقة المملوك والمملوكة وكسوتهما باختلاف في حال السادات في عاداتهم وعسرهم ويسرهم وهو قوله ﷺ: «للمملوك طعامه وشرابه بالمعروف».

(١) انظر الأم (٥/ ٨٨).

فإن قيل: أليس قال عبد اللّه بن عباس رضي اللّه عنه في المماليك: «أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون» قلنا: بلى قد قاله ابن عباس.

وقد روي هذا اللفظ مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ في حديث أبي ذر وتفسير هذا الكلام ما فسر الشافعي فقال: هذا الكلام بعمل يجوز أن يكون على الجواب فقيل السائل عن مماليكه، وإنما يأكل تمراً أو شعيراً أو يلبس صوفاً فقال: «أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون» السائلون عرب ولباس عامتهم وطعامهم خشن أي خشن، ومعاشهم ومعاش رقيقهم متقارب، فأما من خالف معاش السلف والعرب فيأكل رقيق الطعام ويلبس جيد الثياب فلو ساوى رقيقه كان أحسن، وإن لم يفعل فله (ق٢٣٨أ) ما قال رسول الله ﷺ نفقته وكسوته بالمعروف، فأما من لبس الوشي أو الخز والمروي وأكل النقي وألوان لحوم الدجاج فهذا بالمعروف للمماليك، وهذا الذي ذكره وجه الجمع بين خبر أبي ذر، وخبر أبي هريرة رضي اللّه عنهما.

ثم ذكر خبراً آخر فقال وقال رسول الله ﷺ: «إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه فليجلسه معه، فإن أبى فليروغ له لقمة، فيناوله إياها أو يعطيه إياها أو كلمة هذا معناها».

وروى أبو هريرة مثله، وفيه فليناوله أكلة أو أكلتين، وروي: «فإن كان الطعام قليلاً فليضع في يده أكلة أو أكلتين».

ثم تكلم الشافعي على هذا الخبر وعلى احتمالاته فقال: لما قال فليروغ له لقمة كان هذا عندنا واللّه أعلم على وجهين:

أولاهما: بمعناه أن إجلاسه معه أفضل، فإن لم يفعل فليس بواجب إذ قال ﷺ: «وإلا فليروغ له لقمة» ولو كان إجلاسه واجباً لم يجعل له أن يروغ له لقمة دون أن يجلسه معه، أو يكون بالخيار بين أن يناوله أو يجلسه، وقد يكون أمر اختيار غير الحتم.

وظاهر هذا الكلام في التنويع مشكل وحقيقة معناه أن الشافعي رحمه اللّه ذكر ثلاثة أنواع من الاحتمال:

أحدها: أن الترويغ واجب، ولو أجلسه معه كان أفضل.

والثاني: أن أحدهما واجب لا بعينه وهو قوله: أو يكون الخيار بين أيدينا وله أن يجلسه.

والثالث: أن الأمر في الإجلاس أو في الترويغ أمر اختيار غير الختم، هكذا ذكره القفال وجماعة، وقال أصحابنا بالعراق: لا خلاف أنه لا يجب واحد منهما وفي المسألة قولان:

أحدهما: وهو المذهب الإجلاس مع نفسه أفضل؛ لأن النبي ﷺ بدأ به، ولأنه إذا أجلسه معه أكمل كفايته وكان ذلك تواضعاً من سيده.

والثاني: هو مخير (ق٢٣٨ب) بين الإجلاس وبين أن يروغ له اللقمة واللقمتين لأن النبي ﷺ خير بينهما، وقال الزهري: الترويغ أن يرويها له بالدسم والدهن، ويحتمل أن يريد بالترويغ الاختزال فقط.

وقال بعض أصحابنا: هذا الحكم فيمن باشر ذلك؛ لأنه نفس من باشره يتوق إليه أكثر مما تتوق نفس من لم يباشرها.

وقال بعضهم: هذا فيمن يتولى ذلك وفيمن لم يتول ذلك سواء، إلا أن هذا في الذي قولي ذلك أشد استحباباً، وهذا أجود عندي، والأكلة مضمومة الألف اللقمة والأكلة بفتح الألف المدة الواحدة من الأكل.

وروي في الخبر: «فإن كان الطعام مشفوعاً فليضع في يده أكلة أو أكلتين» والمشفوه القليل، سمي بذلك لكثره الشفاه التي تجتمع على أكله.

ثم قال الشافعي رحمه اللَّه: وهذا يدل على ما وصفنا من بيان طعام المملوك وطعام سيده بترويغ لقمة المملوك عرفنا أنه ليس من المعروف أن يكون طعام العبد مثل طعام السيد في جميع الحالات، ولكن يختلف باختلاف العادات، وكان الإمام القفال يقرأ من بيان طعام المملوك بكسر الباء ويذهب إلى مصدر المباينة، وهذا حسن لولا الواو في العطف حيث قال من بيان طعام المملوك وطعام سيده، ولو كانت من المباينة لكانت الواو محذوفة لأنك تقول هذا الشيء يباين هذا الشيء أو تقول مباينة الشيء الشيء.

ثم قال الشافعي رحمه اللَّه: والمملوك الذي يلي طعام الرجل مخالف عندي المملوك الذي لا يلي طعامه، وينبغي أن يناوله منهما تقر إليه ولو لقمة، فإن المعروف أن لا يأكل طعاماً قد ولي العمل فيه، ثم يناول منه شيئاً يرد به شهوة، وأقل ما يرد به شهوته لقمة وغيره من المماليك لم يله ولم يره والسنة خصت هذا من المماليك دون غيره.

ثم أورد الشافعي من القرآن العظيم مثالاً (ق٢٣٩أ) بتخصيص هذه المملوك دون غيره.

فقال: وفي القرآن ما يدل على ما يوافق بعض معاني هذا، قال اللَّه تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ۝٨﴾ [النِّسَاء: ٨] ولم يقل يرزق مثلهم ممن لم يحضر، وقيل: ذلك في المواريث وغيرها من الغنائم وهذا أحب إليّ، ويعطون ما طابت به نفس المعطي بلا توقيت، ولا يحرمون، فحصل من هذا المثال أن المساكين أو القربى أو اليتامى إذا حضروا مجلس القسمة، والورثة يقتسمون المواريث، أو كان الغانمون يقتسمون الغنائم، فالمستحب أن يعطي من حضر وذلك المقدار غير مقدر.

ثم رجع الشافعي إلى تفسير قوله ﷺ: «لا يكلف من العمل ما لا يطيق والذي رويناه في خبر أبي ذر رضي اللَّه عنه فقال: ومعنى ذلك واللَّه أعلم ما يطيق الدوام عليه لا

ما لا يطيق يوماً أو يومين أو ثلاثة ونحو ذلك ثم يعجز، وجملة ذلك ما لا يضر ببدنه الضرر البين، وهذا لأنه إن كان يمشي يوماً أو يومين في كل خمسين ميلاً ففي اليوم الثالث يعجز فلا يقدر على ذلك فيكلفه ما يطيق الدوام عليه، فإن كان سفراً ركب عقبه ومشى عقبه، فإن كان لا ينام راكباً تركه حتى ينام في المنزل، وإن كان الليل طويلاً أمره بالعمل في طرفي الليل، وإن كان قصيراً أمكن من القيلولة في النهار.

ثم قال: «فإن عمي أو زمن أنفق عليه» وقد ذكرنا ذلك، وهذا لأن سبب النفقة الملك والحاجة، وقد وجدا.

فرع:

إذا دفع إلى عبده طعاماً، ثم أراد السيد أن يبدله بغيره في وقت أكله لم يجز، وإن كان قبله جاز لتعيين حقه فيه عند الأكل، وقال القاضي الماوردي: إنه إن كان إبداله مؤخراً لم يجز، وإن لم يؤخره جاز.

فرع آخر:

لو قال الحاكم لعبد رجل غائب استدان (ق٢٣٩ب) وأنفق على نفسك فذلك دين على السيد ونحو ذلك.

مسألة[1]:

«وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرْضِعَ الأَمَةَ غَيْرَ وَلَدِهَا».

الفصل:

إذا كان لأمته ولد من زوج أو زنى فإنه مملوك له، فإن أراد السيد أن يسترضعها ولداً آخر نظر، فإن كان لا يفضل عن ري ولدها لبن لم يكن ذلك؛ لأنه ليس له أن يعطي مملوكه بعض الكفاية، فإذا استرضعها ولداً آخر حصل لولدها من اللبن ما لا يكفيه، وإن كان لها لبن يفضل عن ريه، لاستغناء ولدها ببعض الطعام عن شرب لبن كثيراً ولقلة شربه وغزارة لبنها فله ذلك بأجرة وغير أجرة لأنه لا ضرر على ولدها فيه.

قال أصحابنا: وحكم الأمة في الرضاع مخالف حكم الزوجة لأن أحد الزوجين إذا أراد الفطام قبل الحولين فللآخران لا يرضى، وإذا بلغ الولد الحولين فلكل واحد الفطام.

وأما في الأمة فالحكم للسيد، فإن قال لها: أرضعي الولد بعد الحولين يلزمها إذا لم يكن عليها ضرر، وإن قال: أفطمي قبل الحولين فعليها ذلك إذا لم يكن على الولد ضرر.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٩١).

مسألة:

قَالَ[١]: «وَيَمْنَعُهُ الإِمَامُ أَنْ يَجْعَلَ عَلَى أَمَتِهِ خَرَاجاً إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي عَمَلٍ وَاجِبٍ».

معنى الخراج أن يقول لعبده أو أمته: اكتسب لنفسك وأعطني كل يوم شيئاً معلوماً وأنفق الباقي على نفسك فهذا ينظر فيه، فإن طلب العبد أو الأمة ذلك لم يجب على السيد أن يجيبه إلى ذلك، وإن طلب السيد لم يجب على العبد أن يجيبه إلى ذلك؛ لأن منفعته لسيده فلا يلزمه أن يشتري ماله منه بماله، فإن تراضيا على الخراج نظر، فإن كان كسبه يفي بنفقته وخراجه جميعاً جاز، وإن كان يزيد عليهما كانت الزيادة للعبد؛ لأن السيد رضي بمقدار الخراج وجعل الباقي له، فكانت الزيادة براً من جهة السيد للعبد، وله أن يدفع إليه أكثر من حاجته لنفقته وإن كان كسبه يعجز عنهما (ق٢٤٠أ). قال الشافعي للإمام أن يمنعه من ذلك؛ لأنه إذا كان كسبه يعجز عنه يسرق العبد وتزني الأمة.

وروي عن عثمان رضي اللَّه عنه أنه قال في خطبته: لا تكلفوا الأمة غير ذات الصنعة بالكسب فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها، ولا تكلفوا الصغير الكسب فإنه إن لم يجد سرق، وعفوا إذا عفكم اللَّه وعليكم من المطاعم بما طاب منها[٢].

وقوله: إلا أن يكون في عمل وأصيب: يعني دائم من الخياطة ونحوها فيقدر حينئذٍ على أداء ذلك الخراج وأم الولد في ذلك كالأمة.

باب نفقة الدواب وصفته

مسألة:

قَالَ[٣]: «وَلَوْ كَانَتْ لِرَجُلٍ دَابَّة فِي المِصْرِ أَوْ شَاةً أَوْ بَعِيراً أَعْلَفَهُ بِمَا يُقِيمَهُ».

الفصل:

إذا كان له حيوان غير الآدمي من البهائم والطيور ونحوها فعليه نفقتها؛ لأنه حيوان مملوك كالعبد، ولا فرق بين أن تكون مأكولة اللحم أو غير مأكولة، فإذا ثبت هذا لا يخلو إما أن يكون في البلد أو في الصحراء، فإن كانت في البلدة فإن العرف فيه أنها تعلف ولا ترعى، فإن كانت مما يؤكل لحمها فهو مخير بين ثلاثة أشياء: بين أن يعلفها أو يذبحها أو يبيعها، وإن كانت مما لا يؤكل لحمها فهو مخير بين أن يبيعها وبين أن يعلفها، وإذا امتنع

---

(١) انظر الأم (٥/ ٩٢).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٩٨١)، والبيهقي في «الكبرى» (٨/ ٨).

(٣) انظر الأم (٥/ ٩٢).

من ذلك كله فإن كان له مال ظاهر أنفق الحاكم عليها من ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر باع من البهيمة جزءاً وأنفق على الباقي، وهذا لأن للحيوان حرمة مثل ما للعبد.

قال أصحابنا: لو كان بدابته جرح ولا يجد خيطاً يخيط به في ملكه له أن يغصب خيطاً بالقيمة، ولو لم يجد علفه إلا مع رجل لا يبيعه وقد فضل عن حاجته والدابة مشرفة على الهلال له أن يغصب علفها بالقيمة كما في الآدمي سواء، وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يجبر على ذلك ولا يباع (ق٢٤٨ب) من ماله شيء لنفقتها ولكنه يأمره بذلك كما يأمره بالمعروف، وهذا غلط لأنها نفقة واجبة عليه فكان للسلطان إجباره كنفقة العبيد، وإن كانت في الصحراء، فإن العرف فيها الرعي دون العلف فلا يكلف صاحبها العلف ولكنه يخير بين أن يخليها للرعي وبين ما ذكرنا، فإن جذبت الأرض فلم يكن فيها متعلق أو أنبتت ولكنه لا يكفيها فحكمها حكمها إذا كانت في البلد على ما بيناه.

وقد قال الشافعي ببعض البهائم لا تستوفي كفايتها بالرعي مثل البغل والحمار فيلزمه أن يعلفها كفايتها. قال أصحابنا: إنما قال ذلك على عادة مصر لأن المرعى بها ضعيف لقلة الأمطار. وقيل: إن مصر لا يقع فيها مطر، وإذا رأى أهلها سحابة استغاثوا ودعوا اللّٰه تعالى في إزالتها عنهم، وخافوا الهدم، فإنه ليس لهم المزاريب التي يكون في بلادنا، وإذا كان كذلك نقل النبات في صحاريها فلا يكفي الدواب رعيه ولا تستقل، فأما في الموضع الذي يكثر فيه الرعي والكلأ، فإن الدواب يكتفي بالرعي فيه.

وأما إذا كان للبهيمة ولد فأراد صاحبها أن يحلب لبنها، فالحكم فيه كما ذكرنا في الأمة إلا أنه يحلب ههنا الفضل عن ري الولد وتعني بالري ما يقيمه حق لا يموت وهناك يسترضع ولداً آخر.

وأما الأملاك التي لا روح فيها كالعقار والأشجار، فلا يجب عليه عمارتها لأن ذلك تنمية للمال ولا يتعلق لحق ذي زوج، والأصل في جميع ما ذكرنا ما روي عن ضرار ابن الأزور. قال: أهديت لرسول الله ﷺ لقحة فأمرني أن أحلبها فحلبتها فجهدت حلبها، فقال: «دع داعي اللبن»[١].

وروي أن النبي ﷺ قال: «اطلعت على النار فرأيت فيها امرأة تعذب في هرة ربطتها لا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من حشاش الأرض»[٢] (ق٢٤١أ) وقال رسول الله ﷺ: «إن مومسة من بني إسرائيل مرّت بكلب على رأس بئر يلهث عطشاً فشدت برطها

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٧٦، ٣١١)، والدارمي (٢/ ٨٨)، والحاكم (٢/ ٦٣)، البيهقي في «الكبرى» (٨/ ١٤).

(٢) أخرجه البخاري (٣٣١٨)، ومسلم (٢٢٤٢).

في خفها فسقته فشكرها اللَّه تعالى فغفر لها» فقيل: يا رسول اللَّه إن لنا في سقي الكلاب أجراً، فقال: «في كل كبد حرى أجر»[١].

وروى أبو هريرة رضي اللَّه عنه أن رسول الله ﷺ قال: «بينما رجل يمشي بطريق اشتد عليه العطش فوجد بئراً فنزل فيه فشرب، ثم خرج، فإذا كلب يلهث يأكل الثرى من العطش، فقال الرجل: لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذي كان بلغني فنزل البئر فملأ خفه ماء، ثم أمسكه بفيه حتى ارتقي فسقى الكلب فشكر اللَّه فغفر له» فقالوا: يا رسول اللَّه وإن لنا في البهائم لأجراً فقال في كل ذات كبد رطبة أجر»[٢].

وروي أن النبي ﷺ دخل حائطاً لرجل من الأنصار، فإذا فيه جمل فلما رأى النبي ﷺ حق إليه وذرفت عيناه فأتاه النبي ﷺ فمسح ذفرته فسكن فقال: «من رب هذا الجمل»؟ فجاء فتى من الأنصار فقال: هو لي يا رسول اللَّه، قال: فقال: «ألا تتقي اللَّه في هذه البهيمة التي ملكك اللَّه إياها فإنها تشكو إليَّ أنك تجيعه وتدنيه».

فرع آخر:

لو ولي على ابنه المجنون له أن ينفق على نفسه من مال المجنون ولا يحتاج إلى إذن الحاكم، وقيل: هذا يلزمه أن يستأذن الحاكم كالأم والجدة أو يأخذ بنفسه وجهان:

فرع آخر:

قال ابن الحداد: لو تزوج حرّ بأمة فولدت منه فنفقة الولد على سيده، فإن أعتق الولد، واختلف الوالد والسيد في وقت عتق الولد فالقول قول الوالد مع يمينه.

قال أصحابنا: لا معنى لهذا الفرع لأن نفقة الولد تسقط بمضي الزمان فلا يصح اختلافهما فيه (ق٢٤١ب).

فرع آخر:

لو تزوج مملوك بحرة موسرة فأولدها كانت نفقة الولد على أمه، فإن أعتق الأب، قال ابن الحداد: عادت النفقة إليه قال أصحابنا: هذا غلط وإنما تعود النفقة إذا اكتسب ما يفضل عن نفقته ونفقة امرأته، فأما بنفس العتق فلا تنتقل إليه.

فرع آخر:

قال ابن أبي أحمد في التلخيص: لو كان لرجل امرأة فلم يقدر على الكسب إلا قدر

(١) أخرجه مسلم (٩٠٤)، وابن حبان (٥٥٩٣).
(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ١٠٠)، والبيهقي في «الكبرى» (٨/ ١٣).

ما ينفق على نفسه وله أب موسر أخذ الابن بنفقة امرأته وأخذ الأب بنفقته قلته تخريجاً، وهذا لأنه لو لم يفعل هكذا لخيرت امرأة هذا الابن.

وقال القفال: يحتمل غير ذلك وهو أنه لما اكتسب ما يكفيه خرج بذلك من حدّ الفقر فلا يلزم إياه نفقته وليس لامرأته أن تطالبه بذلك لأنه محتاج إليه فلا يجبر على بذله لها، فإن قالت: أختار نفسي فلها ذلك. واللَّه أعلم بالصواب وإليه المرجع وإليه المآب.

تم ربع النكاح بحمد اللَّه وحسن توفيقه، يتلوه ربع الخراج إن شاء اللَّه تعالى وحده.

الحمد للَّه رب العالمين وصلى اللَّه على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وأصحابه أجمعين وسلم تسليماً كبيراً إلى يوم الدين وحسبنا اللَّه ونعم الوكيل.

تم الجزء الحادي عشر ويليه

إن شاء الله الجزء الثاني عشر

وأوله: كتاب القتل

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

BAḤR AL - MAḎHAB

by

Imām Abu al-Maḥāsin al-Rūyāni

Edited by

Ṭāriq Fatḥi al-Sayyid

Volume XI

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban